الجزء الثانى



للامام الفقيه الفيلسوف الاصولى القاضى أبي الوليد محمد
ابن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الاندلسى
الشهير ﴿ بابن رشد الحفيد ﴾ المتوفى
سنة ٥٩٥ هجرية رحمه
الله تعالى

﴿ الطبعة الاولى ﴾

(على نفقة محمد على صبيح صاحب المكتبة الجديدة بميدان الازهر بمصر)

طبعت على النسخة المولوية بعد ان تفضل بقراءتها صاحب الفضيلة الاستاذ
الشيخ محمد شاكر وكيل مشيخة الازهر على النسخة الخطية
المحفوظة بدار كتب سعادة أحمد بك تيمور

(طبع بمطبعة محمد على صبيح)
(بميدان الازهر بمصر)



﴿ وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم ﴾

﴿ كتاب النكاح ﴾

وأصول هذا الكتاب تنحصر في خمسة أبواب ، الباب الاول في مقدمات النكاح، الباب الثاني في موجبات صحة النكاح ، الباب الثالث في موجبات الخيار في النكاح ؛ الباب الرابع في حقوق الزوجية ؛ الباب الخامس في الانكحة المنهى عنها والفاسدة .

﴿ الباب الاول ﴾

وفي هذا الباب أربع مسائل في حكم النكاح وفي حكم خطبة النكاح وفي الخطبة على الخطبة وفي النظر الى المخطوبة قبل التزويج . فاما حكم النكاح . فقال قوم هو مندوب اليه وهم الجمهور . وقال أهل الظاهر هو واجب . وقالت المتأخرة من المالكية هو في حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم مندوب اليه وفي حق بعضهم مباح وذلك عندهم بحسب ما يخاف على نفسه من العنت * وسبب اختلافهم هل تحمل صيغة الامر به في قوله تعالى (فانكحوا ماطاب لكم من النساء) وفي قوله عليه الصلاة والسلام: تناكحوا فاني مكاثر بكم الامم وما أشبه ذلك من الاخبار الواردة في ذلك على الوجوب أم على الندب أم على الاباحة . فاما من قال انه في حق بعض الناس واجب وفي حق بعضهم مندوب اليه وفي حق بعضهم مباح فهو التفات الى المصلحة وهذا النوع من القياس هو الذى يسمى المرسل وهو الذى ليس له أصل معين يستند اليه وقد انكره كثير من العلماء والظاهر من مذهب مالك القول به .

(وأما خطبة النكاح) المروية عن النبي صلى الله عليه وسلم فقال الجمهور أنها ليست واجبة وقال داود هي واجبة ووافقه من الشافعية أبو عوانة وترجم في صحيحه «باب وجوب الخطبة عند العقد» ☆ وسبب الخلاف هل يحمل فعله في ذلك عليه الصلاة والسلام على الوجوب أو على الندب . فاما الخطبة على الخطبة فان النهى فى ذلك ثابت عن النبي عليه الصلاة والسلام .واختلفوا هل يدل ذلك على فساد المنهى عنه أولا يدل وان كان يدل فعلى أى حالة يدل فقال داود يفسخ . وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يفسخ وعن مالك القولان جميعا ، وثالث وهو أنه يفسخ قبل الدخول ولا يفسخ بعده . وقال ابن القاسم انما منع النهى اذا خطب رجل صالح على خطبة رجل صالح. وأما ان كان الاول غير صالح والثانى صالح جاز . وأما الوقت عند الاكثر فهو اذا ركن بعضهم الى بعض لا فى أول الخطبة بدليل حديث فاطمة بنت قيس حيث جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له أن أباجهم بن حذيفة ومعاوية بن أبى سفيان خطباها فقال : أما أبو جهم فرجل لا يرفع عصاه عن النساء . وأما معاوية فصعلوك لا مال له ولكن انكحى أسامة . وأما النظر الى المرأة عند الخطبة فاجاز ذلك مالك الى الوجه والكفين فقط وأجاز ذلك غيره الى جميع البدن عدا السوءتين ومنع ذلك قوم على الاطلاق وأجاز أبو حنيفة النظر الى القدمين مع الوجه والكفين ☆ والسبب فى اختلافهم انه ورد الامر بالنظر اليهن مطلقا وورد بالمنع مطلقا وورد مقيداً أعنى بالوجه والكفين على ما قاله كثير من العلماء فى قوله تعالى «ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها» انه الوجه والكفان وقياساً على جواز كشفها في الحج عند الاكثر ومن منع تمسك بالاصل وهو تحريم النظر الى النساء.

(الباب الثانى في موجبات صحة النكاح)

وهذا الباب ينقسم الى ثلاثة أركان: الركن الاول في معرفة كيفية هذا العقد، الركن الثانى في معرفة محل هذا العقد، الثالث في معرفة شروط هذا العقد.

(الركن الاول) في الكيفية والنظر في هذا الركن في مواضع في كيفية الاذن المنعقد به ومن المعتبر رضاه في لزوم هذا العقد وهل يجوز عقده على الخيار أم لا يجوز وهل ان تراخى القبول من أحد المتعاقدين لزم ذلك العقد أم من شرط ذلك الفور .

(الموضع الاول) لاذن فى النكاح على ضربين فهو واقع في حق الرجال والثيب من النساء بالالفاظ وهو في حق الابكار المستأذنات واقع بالسكوت أعنى الرضا وأما الرد فباللفظ ولا خلاف في هذه الجملة الا ما حكي عن أصحاب الشافعي ان إذن البكر اذا كان المنكح غير أب

ولا حد بالنطق وانما صار الجمهور الى أن اذنها بالصمت للثابت من قوله عليه الصلاة والسلام : الايم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها واذنها صماتها واتفقوا على انعقاد النكاح بلفظ النكاح ممن اذنه اللفظ وكذلك بلفظ التزويج . واختلفوا في انعقاده بلفظ الهبة ، أو بلفظ البيع أو بلفظ الصدقة فاجازه قوم وبه قال مالك وأبو حنيفة ، وقال الشافعي لا ينعقد الا بلفظ النكاح أو التزويج ✡ وسبب اختلافهم هل هو عقد يعتبر فيه مع النية اللفظ الخاص به أم ليس من صحته اعتبار اللفظ فمن ألحقه بالعقود التي يعتبر فيها الامران قال لا نكاح منعقد الا بلفظ النكاح أو التزويج ومن قال إن اللفظ ليس من شرطه اعتبارا بما ليس من شرطه اللفظ أجاز النكاح باي لفظ اتفق اذا فهم المعنى الشرعي من ذلك أعني انه اذا كان بينه وبين المعنى الشرعي مشاركة .

(الموضع الثاني) وأما من المعتبر قبوله في صحة هذا العقد فانه يوجد في الشرع على ضربين ، أحدهما يعتبر فيه رضا المتناكحين أنفسهما أعني الزوج والزوجة إما مع الولي وإما دونه على مذهب من لا يشترط الولي في رضا المرأة المالكة أمر نفسها ، والثاني يعتبر فيه رضا الاولياء فقط وفي كل واحد من هذين الضربين مسائل اتفقوا عليها ومسائل اختلفوا فيها ونحن نذكر منها قواعدها وأصولها فنقول. أما الرجال البالغون الاحرار المالكون لامر أنفسهم فانهم اتفقوا على اشتراط رضاهم وقبولهم في صحة النكاح

واختلفوا هل يجبر العبد على النكاح سيده والوصي محجوره البالغ أم ليس يجبره فقال مالك يجبر السيد عبده على النكاح وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يجبره ✡ والسبب في اختلافهم هل النكاح من حقوق السيد أم ليس من حقوقه وكذلك اختلفوا في جبر الوصي محجوره والخلاف في ذلك موجود في المذهب ✡ وسبب اختلافهم هل النكاح مصلحة من مصالح المنظور له أم ليس بمصلحة وانما طريقه الملاذ وعلى القول بان النكاح واجب ينبغي أن لا يتوقف في ذاك . وأما النساء اللاتي يعتبر رضاهن في النكاح فاتفقوا على اعتبار رضى الثيب البالغ لقوله عليه الصلاة والسلام : والثيب تعرب عن نفسها الا ما حكي عن الحسن البصري . واختلفوا في البكر البالغ وفي الثيب الغير البالغ ما لم يكن ظهر منها الفساد. فأما البكر البالغ فقال مالك والشافعي وابن أبي ليلى للاب فقط ان يجبرها على النكاح وقال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وأبو ثور وجماعة لابد من اعتبار رضاها ووافقهم مالك في البكر المعنسة على أحد القولين عنه ✡ وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب في هذا للعموم وذلك أن ما روى عنه

عليه الصلاة والسلام من قوله : لاتنكح اليتيمة الا باذنها وقوله تستأمر اليتيمة في نفسها خرجه أبو داود والمفهوم منه بدليل الخطاب أن ذات الاب بخلاف اليتيمة وقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عباس المشهور : والبكر تستأمر يوجب بعمومه استئمار كل بكر والعموم أقوى من دليل الخطاب مع انه خرج مسلم في حديث ابن عباس زيادة وهو أنه قال عليه الصلاة والسلام : والبكر يستأذنها أبوها وهو نص في موضع الخلاف . واما الثيب الغير البالغ فان مالكا وابا حنيفة قالا يجبرها الاب على النكاح وقال الشافعي لايجبرها وقال المتأخرون ان في المذهب فيها ثلاثة اقوال ، قول ان الاب يجبرها مالم تبلغ بعد الطلاق وهو قول اشهب ، وقول انه يجبرها وان بلغت وهو قول سحنون ، وقول انه لايجبرها وان لم تبلغ وهو قول ابى تمام والذى حكيناه عن مالك هو الذى حكاه أهل مسائل الخلاف كابن القصار وغيره عنه * وسبب اختلافهم معارضة دليل الخطاب للعموم وذلك ان قوله عليه الصلاة والسلام . تستأمر اليتيمة في نفسها ولا تنكح اليتيمة الا باذنها يفهم منه ان ذات الاب لاتستأمر الا ما اجمع عليه الجمهور من استئمار الثيب البالغ وعموم قوله عليه الصلاة والسلام: الثيب احق بنفسها من وليها يتناول البالغ وغير البالغ وكذلك قوله : لاتنكح الايم حتى تستأمر ولاتنكح حتى تستاذن يدل بعمومه على ماقاله الشافعي ولاختلافهم في هاتين المسألتين سبب آخر وهو استنباط القياس من موضع الاجماع وذلك انهم لما اجمعوا على ان الاب يجبر البكر غير البالغ وانه لايجبر الثيب البالغ الا خلافا شاذاً فيهما جميعاً كما قلنا اختلفوا في موجب الاجبار هل هو البكارة أو الصغر فمن قال الصغر قال لايجبر البكر البالغ ومن قال البكارة قال تجبر البكر البالغ ولا تجبر الثيب الصغيرة ومن قال كل واحد منهما يوجب الاجبار اذا انفرد قال يجبر البكر البالغ والثيب الغير البالغ ، والتعليل الاول تعليل أبي حنيفة والثاني تعليل الشافعي ، والثالث تعليل مالك والاصول أكثر شهادة لتعليل أبي حنيفة واختلفوا في الثيوبة التي ترفع الاجبار وتوجب النطق بالرضا أو الرد فذهب مالك وأبو حنيفة الى انها الثيوبة التي تكون بنكاح صحيح أو شبهة نكاح أو ملك وانها لاتكون بزنا ولا بغصب وقال الشافعي كل ثيوبة ترفع الاجبار * وسبب اختلافهم هل يتعلق الحكم بقوله عليه الصلاة والسلام: الثيب أحق بنفسها من وليها بالثيوبة الشرعية أم بالثيوبة اللغوية واتفقوا على ان الاب يجبر ابنه الصغير على النكاح وكذلك ابنته الصغيرة البكر ولا يستأمرها لما ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضى الله عنها بنت ست أو سبع وبنى بها بنت تسع بانكاح أبي بكر أبيها رضى الله عنه الا ما روى من الخلاف عن ابن شبرمة

واختلفوا من ذلك فى مسألتين ، احـداهما هل يزوج الصغيرة غير الاب ، والثانيـة هل يزوج الصغير غير الاب . فاما هل يزوج الصغيرة غير الاب أم لا فقال الشافعى يزوجها الجـد ابو الاب والاب فقط وقال مالك لايزوجها الا الاب فقط أو من جعـل الاب له ذلك اذا عين الزوج الا أن يخاف عليها الضيعة والفساد وقال أبو حنيفة يزوج الصغيرة كل من له عليها ولاية من أب وقريب وغير ذلك ولهـا الخيار اذا بلغت ✡ وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس وذلك ان قوله عليه الصلاة والسلام والبكر تستامر واذنها صماتها يقتضى العموم في كل بكر الا ذات الاب التى خصصهـا الاجماع الا الخلاف الذى ذكرناه وكون سائر الاولياء معلوم منهم النظر والمصلحة لوليتهم يوجب أن يلحقوا بالاب في هذا المعنى فمنهم من ألحق به جميع الاولياء ومنهم من ألحق به الجـد فقط لانه في معنى الاب اذ كان أبا أعلى وهو الشافعى ومن قصر ذلك على الاب رأى ان ماللاب فى ذلك غير موجود لغيره إما من قبل الشرع أن خصـه بذلك واما من قبل ان مايوجـد فيه من الرأفـة والرحمة لايوجـد فى غيره وهو الذى ذهب اليـه مالك رضى الله عنـه وماذهب اليه أظهر والله أعـلم الا أن يكون هنـالك ضرورة وقـد احتجت الحنفية بجواز انكاح الصغار غـير الاباء بقوله تعـالى (فان خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ماطاب لكم من النساء) قال واليتيم لاينطلق الا على غير البالغة والفريق الثانى قالوا ان اسم اليتيم قد ينطلق على البـالغة بدليل قوله عليه الصلاة والسـلام : تستامر اليتيمة والمستامرة هى من أهـل الاذن وهى البالغة فيكون لاختلافهم سبب آخر وهو اشتراك اسم اليتيم وقد احتج أيضاً من لم يجز نكاح غير الاب لها بقوله عليـه الصلاة والسلام : تستامر اليتيمة في نفسها قالوا والصغيرة ليست من أهل الاستئمار باتفاق فوجب المنع ولاؤلئك أن يقولوا ان هذا حكم اليتيمة التى هى من أهـل الاستئمار وأما الصغيرة فسكوت عنها . واما هل يزوج الولى غير الاب الصغير فان مالكاً أجازه للوصى وأبا حنيفة أجازه للاولياء الا ان أبا حنيفة أوجب الخيار له اذا بلغ ولم يوجب ذلك مالك وقال الشافعى ليس لغير الاب انكاحه ✽ وسبب اختلافهم قياس غير الاب في ذلك فمن رأى أن الاجتهاد الموجود فيه الذى جاز للاب به أن يزوج الصغير من ولده لايوجد في غير الاب لم يجز ذلك ومن رأى انه يوجد فيه اجاز ذلك ومن فرق بين الصغير في ذلك والصغيرة فلان الرجل يملك الطلاق اذا بلغ ولا تملكه المرأة ولذلك جعل أبو حنيفة لهما الخيار اذا بلغا

(وأما الموضع الثالث) وهو هل يجوز عقد النكاح على الخيار فان الجمهور على انه لايجوز وقال أبو ثور يجوز ✽ والسبب في اختلافهم تردد النكاح بين البيوع التى لايجوز فيها الخيار

والبيوع التى يجوز فيها الخيار أو نقول ان الاصل فى العقود أن لاخيار الاما وقع عليه النص وعلى المثبت للخيار الدليل أونقول ان أصل منع الخيار في البيوع هو الغرر والانكحة لاغرر فيها لان المقصود بها المكارمة لاالمكايسة ولان الحاجة الى الخيار والرؤية في النكاح أشد منه في البيوع . وأما تراخى القبول من أحد الطرفين عن العقد فاجاز مالك من ذلك التراخى اليسير ومنعه قوم وأجازه قوم وذلك مثل أن ينكح الولى امرأة بغير أذنها فيبلغها النكاح فتجيزه وممن منعه مطلقا الشافعى وممن أجازه مطلقا أبو حنيفة وأصحابه والتفرقة بين الامر الطويل والقصير لمالك ✡ وسبب الخلاف هل من شرط الانعقاد وجود القبول من المتعاقدين في وقت واحد معا أم ليس ذلك من شرطه ومثل هذا الخلاف عرض في البيع .

(الركن الثانى في شروط العقد)

وفيه ثلاثة فصول ، الفصل الاول في الاولياء ، الثانى في الشهود، الثالث في الصداق

(الفصل الاول)

والنظر في الاولياء في مواضع أربعة ، الاول في اشتراط الولاية فى صحة النكاح ، الموضع الثانى فى صفة الولى، الثالث في أصناف الاولياء وترتيبهم في الولاية ومايتعلق بذلك ، الرابع في عضل الاولياء من يلونهم وحكم الاختلاف الواقع بين الولى والمولى عليه .

(الموضع الاول) اختلف العلماء هل الولاية شرط من شروط صحة النكاح أم ليست بشرط فذهب مالك الى أنه لايكون نكاح الابولى وانها شرط في الصحة في رواية أشهب عنه وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة وزفر والشعبى والزهرى اذا عقدت المرأة نكاحها بغير ولى وكان كفؤا جاز وفرق داود بين البكر والثيب فقال باشتراط الولى في البكر وعدم اشتراطه في الثيب ويتخرج على رواية ابن القاسم عن مالك في الولاية قول رابع ان اشتراطها سنة لافرض وذلك انه روى عنه أنه كان يرى الميراث بين الزوجين بغير ولى وأنه يجوز للمرأة غير الشريفة أن تستخلف رجلا من الناس على انكاحها وكان يستحب ان تقدم الثيب وليها ليعقد عليها فكانه عنده من شروط التمام لامن شروط الصحة بخلاف عبارة البغداديين من أصحاب مالك أعنى انهم يقولون أنها من شروط الصحة لامن شروط التمام * وسبب اختلافهم انه لم تأت آية ولاسنة هى ظاهرة في اشتراط الولاية فى النكاح فضلا عن أن يكون في ذلك نص بل الآيات والسنن التى جرت العادة بالاحتجاج بها عند من يشترطها هى كلها محتملة

وكذلك الآيات والسنن التى يحتج بها من يشترط اسقاطها هي أيضا محتملة في ذلك والاحاديث مع كونها محتملة في الفاظها مختلف فى صحتها الا حديث ابن عباس وان كان المسقط لها ليس عليه دليل لان الاصل براءة الذمة ونحن نورد مشهور مااحتج به الفريقان ونبين وجه الاحتمال فى ذلك . فمن أظهر مايحتج بهمن الكتاب من اشترط الولاية قوله تعالى (فاذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن) قالوا وهذا خطاب للاولياء ولولم يكن لهم حق فى الولاية لما نهوا عن العضل وقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) قالوا وهذا خطاب للاولياء أيضا ومن أشهر مااحتج به هؤلاء من الاحاديث مارواه الزهرى عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل ثلاث مرات وان دخل بها فالمهر لها بما أصاب منها فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له خرجه الترمذى وقال فيه حديث حسن . وأما مااحتج به من لم يشترط الولاية من الكتاب والسنة فقوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن بالمعروف) قالوا هذا دليل على جواز تصرفها في العقد على نفسها قالوا وقد أضاف اليهن فى غير ما آية من الكتاب الفعل فقال (أن ينكحن أزواجهن)وقال (حتى تنكح زوجا غيره) . وأما من السنة فاحتجوا بحديث ابن عباس المتفق على صحته وهو قوله عليه الصلاة والسلام : الايم احق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها واذنها صماتها وبهذا الحديث احتج داود في الفرق عنده بين الثيب والبكر في هذا المعنى فهذا مشهور مااحتج به الفريقان من السماع فاما قوله تعالى «فاذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن » فليس فيه أكثر من نهى قرابة المرأة وعصبتها من أن يمنعوها النكاح وليس نهيهم عن العضل مما يفهم منه اشتراط اذنهم في صحة العقد لا حقيقة ولا مجازا أعنى بوجه من وجوه أدلة الخطاب الظاهرة او النص بل قد يمكن ان يفهم منه ضد هذا وهو ان الاولياء ليس لهم سبيل على من يلونهم وكذلك قوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) هو أن يكون خطابا لاولى الامر من المسلمين أو لجميع المسلمين أحرى منه أن يكون خطاباً للاولياء وبالجملة فهو متردد بين ان يكون خطابا للاولياء أو لاولى الامر فمن احتج بهذه الآية فعليه البيان انه اظهر في خطاب الاولياء منه في أولى الامر. فان قيل ان هذا عام والعام يشمل ذوى الامر والاولياء قيل أن هذا الخطاب انما هو خطاب بالمنع والمنع بالشرع فيستوى فيه الاولياء وغيرهم وكون الولى مأمورا بالمنع بالشرع لا يوجب له ولاية خاصة في الاذن أصله الاجنبى ولو قلنا انه خطاب للاولياء يوجب اشتراط اذنهم في صحة النكاح لكان مجملا لا يصح به عمل لانه ليس فيه ذكر

أصناف الاولياء ولا صفاتهم ولا مراتبهم والبيان لايجوز تأخيره عن وقت الحاجة ولو كان فى هــذا كله شرع معروف لنقل تواترا أو قريبا من التواتر لان هذا مما تعم به البلوى ومعلوم انه كان فى المدينة من لا ولى له ولم ينقل عنه صلى الله عليه وسلم انه كان يعقد أنكحتهم ولا ينصب لذلك من يعقدها وأيضا فان المقصود من الآية ليس هو حكم الولاية وانمــا المقصود منها تحريم نكاح المشركين والمشركات وهذا ظاهر والله أعلم . وأما حديث عائشة فهو حديث مختلف فى وجوب العمل به والاظهر ان مالا يتفق على صحته انه ليس يجب العمل به وأيضا فان سلمنا صحة الحديث فليس فيه الا اشتراط اذن الولى لمن لها ولى أعنى المولى عليها وان سلمنا انه عام فى كل امرأة فليس فيه ان المرأة لاتعقد على نفسها أعنى أن لاتكون هي التى تلى العقد بل الاظهر منه انه اذا أذن الولى لها جاز أن تعقد على نفسها دون أن تشترط فى صحة النكاح اشهاد الولى معها . وأما مااحتج به الفريق الآخر من قوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن من معروف) فان المفهوم منه النهى عن التثريب عليهن فيما استبددن بفعله دون أوليائهن وليس ههنا شئ يمكن أن تستبد به المرأة دون الولى الا عقد النكاح فظاهر هذه الآية والله أعلم ان لها أن تعقد النكاح وللاوليــاء الفسخ اذا لم يكن بالمعروف وهو الظاهر من الشرع وأن يحتج ببعض ظاهر الآية على رأيهم ولا يحتج ببعضها فيه ضعف وأما اضافة النكاح اليهن فليس فيه دليل على اختصاصهن بالعقد لكن الاصل هو الاختصاص الا ان يقوم الدليل على خلاف ذلك .وأما حديث ابن عباس فهو لعمرى ظاهر فى الفرق بين الثيب والبكر لانه اذا كان كل واحد منهما يستأذن ويتولى العقد عليهما الولى فيما ذا ليت شعرى تكون الايم أحق بنفسها من وليها وحديث الزهرى هو ان يكون موافقا هذا الحديث أحرى من ان يكون معارضا له ويحتمــل أن تكون التفرقة بينهما فى السكوت والنطق فقط ويكون السكوت كافيا فى العقد والاحتجاج بقوله تعالى (فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن بالمعروف) هو أظهر فى ان المرأة تلى العقد من الاحتجاج بقوله تعــالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا) على ان الولى هو الذى يلى العقد وقد ضعف الحنفية حديث عائشة وذلك انه حديث رواه جماعة عن ابن جريج عن الزهرى وحكى ابن علية عن ابن جريج انه سأل الزهرى عنه فلم يعرفه قالوا والدليل على ذلك أن الزهرى لم يكن يشترط الولاية ولا الولاية من مذهب عائشة وقد احتجوا أيضا بحديث ابن عباس انه قال لانكاح الا بولى وشاهدى عدل ولكنه مختلف فى رفعه وكذلك اختلفوا أيضا فى صحة الحديث الوارد فى نكاح النبى عليه الصلاة والسلام أم سلمة وأمره لابنها أن ينكحها اياه وأما احتجاج الفريقين من جهة المعانى فمحتمل وذلك انه يمكن أن يقال ان الرشد اذا وجد

في المرأة اكتفى به فى عقد النكاح كما يكتفى به في التصرف في المال ويشبه ان يقال ان المرأة مائلة بالطبع الى الرجال اكثر من ميلها الى تبذير الاموال فاحتاط الشرع بان جعلها محجورة في هذا المعنى على التأبيد مع ان مايلحقها من العار في القاء نفسها فى غير موضع كفاءة يتطرق الى اوليائها لكن يكفي في ذلك ان يكون للاولياء الفسخ او الحسبة والمسئلة محتملة كما ترى لكن الذى يغلب على الظن أنه لو قصد الشارع اشتراط الولاية لبين جنس الاولياء وأصنافهم ومراتبهم فان تاخر البيان عن وقت الحاجة لايجوز فاذا كان لايجوز عليه عليه الصلاة والسلام تأخير البيان عن وقت الحاجة وكان عموم البلوى في هذه المسئلة يقتضى ان ينقل اشتراط الولاية عنه صلى الله عليه وسلم تواتراً او قريبا من التواتر ثم لم ينقل فقد يجب أن يعتقد أحد أمرين اما انه ليست الولاية شرطاً في صحة النكاح وانما للاولياء الحسبة في ذلك وأما ان كان شرطاً فليس من صحتها تمييز صفات الولى واصنافهم ومراتبهم ولذلك يضعف قول من يبطل عقد الولى الابعد مع وجود الاقرب .

(الموضع الثانى) وأما النظر في الصفات الموجبة للولاية والسالبة لها فانهم اتفقوا على أن من شرط الولاية الاسلام والبلوغ والذكورية وأن سوالبها اضدادهذه أعنى الكفر والصغرة والانوثة . واختلفوا في ثلاثة في العبد والفاسق والسفيه فاما العبد فالاكثر على منع ولايته وجوزها أبو حنيفة . وأما الرشد فالمشهور في المذهب أعنى عند أكثر أصحاب مالك ان ذلك ليس من شرطها أعنى الولاية وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى ذلك من شرطها وقد روى عن مالك مثل قول الشافعى وبقول الشافعى قال أشهب وأبو مصعب ☆ وسبب الخلاف تشبيه هذه الولاية بولاية المال فمن رأى انه قد يوجد الرشد في هذه الولاية مع عدمه فى المال قال ليس من شرطه ان يكون رشيدا في المال ومن رأى أن ذلك ممتنع الوجود قال لابد من الرشد في المال وهما قسمان كما ترى أعنى أن الرشد في المال غير الرشد في اختيار الكفاءة لها . وأما العدالة فانما اختلفوا فيها من جهة انها نظر للمعنى أعنى هذه الولاية فلا يؤمن مع عدم العدالة أن لايختار لها الكفاءة وقد يمكن أن يقال إن الحالة التى بها يختار الاولياء لمولياتهم الكفء غير حالة العدالة وهي خوف لحوق العار بهم وهذه هي موجودة بالطبع وتلك العدالة الاخرى مكتسبة ولنقص العبد يدخل الخلاف في ولايته كما يدخل في عدالته .

(الموضع الثالث) . وأما أصناف الولاية عند القائلين بها فهى نسب وسلطان ومولى أعلى وأسفل ومجرد الاسلام عند مالك صفة تقتضى الولاية على الدنيئة . واختلفوا في الوصى فقال

مالك يكون الوصى وليا ومنع ذلك الشافعى ✲ وسبب اختلافهم هل صفة الولاية مما يمكن ان يستناب فيها أم ليس يمكن ذلك ولهذا السبب بعينه اختلفوا في الوكالة في النكاح لكن الجمهور على جوازها الا ابا ثور ولا فرق بين الوكالة والايصاء لان الوصى وكيل بعد الموت والوكالة تنقطع بالموت. واختلفوا في ترتيب الولاية من النسب فعند مالك أن الولاية معتبرة بالتعصيب الا الابن فمن كان أقرب عصبة كان أحق بالولاية والابناء عنده أولى وان سفلوا ثم الاباء ثم الاخوة للاب والام ثم للاب ثم بنو الاخوة للاب والام ثم للاب فقط ثم بنو الاخوة للاب وان علو ثم الجد وقال المغيرة الجد وأبوه أولى من الاخ وابنه ليس من أصل ثم العمومة على ترتيب الاخوة وإن سفلوا ثم المولى ثم السلطان والمولى الاعلى عنده أحق من الاسفل والوصى عنده أولى من ولى النسب أعنى وصى الاب. واختلف أصحابه فيمن أولى وصى الاب أو ولى النسب فقال ابن القاسم الوصى أولى مثل قول مالك وقال ابن الماجشون وابن عبد الحكم الولى أولى وخالف الشافعى مالكا فى ولاية البنوة فلم يجزها أصلا وفى تقديم الاخوة على الجد فقال لاولاية للابن وروى عن مالك أن الاب أولى من الابن وهو أحسن وقال أيضا الجد أولى من الاخ وبه قال المغيرة والشافعى اعتبر التعصيب أعنى ان الولد ليس من عصبتها لحديث عمر: لاتنكح المرأة الا باذن وليها أوذى الرأى من أهلها أو السلطان ولم يعتبره مالك في الابن لحديث أم سلمة أن النبى صلى الله عليه وسلم: أمر ابنها أن ينكحها اياه ولانهم اتفقوا أعنى مالكا والشافعى على أن الابن يرث الولاء الواجب للام والولاء عندهم للعصبة ✲ وسبب اختلافهم في الجد هو اختلافهم فيمن هو أقرب هل الجد أو الاخ. ويتعلق بالترتيب ثلاث مسائل مشهورة ، أحدها اذا زوج الابعد مع حضور الاقرب ، والثانية اذا غاب الاقرب هل تنتقل الولاية الى الابعد أو الى السلطان ، والثالثة اذا غاب الاب عن ابنته البكر هل تنتقل الولاية أولا تنتقل .

(فأما المسئلة الاولى) فاختلف فيها قول مالك فمرة قال ان زوج الابعد مع حضور الاقرب فالنكاح مفسوخ ومرة قال النكاح جائز ومرة قال للاقرب ان يجيز أو يفسخ وهذا الخلاف كله عنده فيما عدا الاب في ابنته البكر والوصى في محجورته فانه لا يختلف قوله ان النكاح في هذين مفسوخ أعنى تزويج غير الاب البنت البكر مع حضور الاب أو غير الوصى المحجورة مع حضور الوصى. وقال الشافعى لا يعقد أحد مع حضور الاب لا في بكر ولا في ثيب ✲ وسبب هذا الاختلاف هو هل الترتيب حكم شرعى أعنى ثابتاً بالشرع في الولاية أم

ليس بحكم شرعي وان كان حكما فهل ذلك حق من حقوق الولي الاقرب أم ذلك حق من حقوق الله فمن لم ير الترتيب حكما شرعيا قال يجوز نكاح الا بعد مع حضور الاقرب ومن رأى انه حكم شرعي ورأى انه حق للولي قال النكاح منعقد فان أجازه الولي جاز وان لم يجزه انفسخ ومن رأى انه حق لله قال النكاح غير منعقد وقد أنكر قوم هذا المعنى في المذهب أعني ان يكون النكاح غير منفسخا غير منعقد .

﴿ وأما المسئلة الثانية ﴾ فان مالكا يقول اذا غاب الولي الاقرب انتقلت الولاية الى الا بعد وقال الشافعي تنتقل الى السلطان * وسبب اختلافهم هل الغيبة في ذلك بمنزلة الموت أم لا وذلك انه لاخلاف عندهم في انتقالها في الموت .

(وأما المسئلة الثالثة) وهي غيبة الاب عن ابنته البكر فان في المذهب فيها تفصيلا واختلافا وذلك راجع الى بعد المكان وطول الغيبة اوقربه والجهل بمكانه أوالعلم به وحاجة البنت الى النكاح إما لعدم النفقة وإما لما يخاف عليها من عدم الصون واما للامرين جميعا. فاتفق المذهب على أنه اذا كانت الغيبة بعيدة أوكان الاب مجهول الموضع أوأسيرا وكانت في صون وتحت نفقة انها أن لم تدع الى التزويج لا تزوج وان دعت فتزوج عند الاسر وعند الجهل بمكانه . واختلفوا هل تزوج مع العلم بمكانه أم لا اذا كان بعيداً فقيل تزوج وهو قول مالك وقيل لا تزوج وهو قول عبد الملك وابن وهب . وأما ان عدمت النفقة أو كانت في غير صون فانها تزوج أيضا في هذه الاحوال الثلاثة أعني في الغيبة البعيدة وفي الاسر والجهل بمكانه وكذلك ان اجتمع الامران فاذا كانت في غير صون تزوج وان لم تدع الى ذلك ولم يختلفوا فيما أحسب أنها لا تزوج في الغيبة القريبة المعلومة لمكان امكان مخاطبته وليس يبعد بحسب النظر المصلحي الذي انبنى عليه هذا النظر أن يقال ان ضاق الوقت وخشي السلطان عليها الفساد زوجت وان كان الموضع قريباً واذا قلنا انه تجوز ولاية الا بعد مع حضور الاقرب ، فان جعلت امرأة أمرها الى وليين فزوجها كل واحد منهما فانه لا يخلو أن يكون تقدم أحدهما في العقد على الآخر أو يكونا عقدا معا ثم لا يخلو ذلك من أن يعلم المتقدم أو لا يعلم فأما اذا علم المتقدم منهما فأجمعوا على أنها للاول اذا لم يدخل بها واحد منهما * واختلفوا اذا دخل الثاني فقال قوم هي للاول وقال قوم هي للثاني وهو قول مالك وابن القاسم وبالاول قال الشافعي وابن عبد الحكم . وأما ان أنكحاها معاً فلا خلاف في فسخ النكاح فيما أعرف * و سبب الخلاف في اعتبار الدخول أولا اعتباره معارضة العموم للقياس وذلك انه قد روى

انه عليه الصلاة والسلام قال : ايما امرأة أنكحها وليان فهي للاول منهما فعموم هذا الحديث يقتضي انها للاول دخل بها الثاني أولم يدخل ومن اعتبر الدخول فتشبيهاً بفوات السلعة في البيع المكروه وهو ضعيف . وأما انلم يعلم الأول فان الجمهور على الفسخ وقال مالك يفسخ مالم يدخل أحدهما وقال شريح تخير فأيهما اختارت كان هو الزوج وهو شاذ وقدروى عن عمر بن عبد العزيز .

﴿ الموضع الرابع في عضل الاولياء ﴾ واتفقوا على انه ليس للولي ان يعضل وليته اذا دعت الى كفء وبصداق مثلها وانها ترفع أمرها الى السلطان فيزوجها ماعدا الاب فانه اختلف فيه المذهب * واختلفوا بعد هذا الاتفاق فيما هي الكفاءة المعتبرة في ذلك وهل صداق المثل منها أم لا. وكذلك اتفقوا على أن للمرأة ان تمنع نفسها من انكاح من له من الاولياء جبرها اذا لم تكن فيها الكفاءة موجودة كالاب في ابنته البكر أما غير البالغ باتفاق والبالغ والثيب الصغيرة باختلاف على ماتقدم وكذلك الوصي في محجوره على القول بالجبر . فأما الكفاءة فانهم اتفقوا على أن الدين معتبر في ذلك الا ماروى عن محمد بن الحسن من اسقاط اعتبار الدين ولم يختلف المذهب أن البكر اذازوجها الاب من شارب الخمر وبالجملة من فاسق ان لها ان تمنع نفسها من النكاح وينظر الحاكم في ذلك فيفرق بينهما . وكذلك ان زوجها ممن ماله حرام أو ممن هو كثير الحلف بالطلاق .واختلفوا في النسب هل هو من الكفاءة أم لا وفي الحرية وفي اليسار وفي الصحة من العيوب فالمشهور عن مالك أنه يجوز نكاح الموالي من العرب وانه احتج لذلك بقوله تعالى «ان اكرمكم عند الله اتقاكم » وقال سفيان الثوري وأحمد لاتزوج العربية من مولى وقال أبو حنيفة واصحابه لاتزوج قرشية الامن قرشي ولا عربية الامن عربي *والسبب في اختلافهم ختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام تنكح المرأة لدينها وجمالها ومالها وحسبها فاظفر بذات الدين تربت يمينك فنهم من رأى ان الدين هو المعتبر فقط لقوله عليه الصلاة والسلام : فعليك بذات الدين تربت يمينك ومنهم من رأى ان الحسب في ذلك هو بمعنى الدين وكذلك المال وانه لايخرج من ذلك الا ماأخرجه الاجماع وهو كون الحسن ليس من الكفاءة وكل من يقول برد النكاح من العيوب يجعل الصحة منها من الكفاءة وعلى هذا فيكون الحسن يعتبر لجهة ماولم يختلف المذهب ايضا ان الفقر مما يوجب فسخ انكاح الاب ابنته البكر أعني اذا كان فقيرا غير قادر على النفقة عليها فالمال عنده من الكفاءة ولم ير ذلك أبو حنيفة . وأما الحرية فلم يختلف المذهب انها من الكفاءة لكون السنة الثابتة بتخيير الامة اذا اعتقت . وأما مهر المثل فان مالكا والشافعي

يريان انه ليس من الكفاءة وأن للاب ان ينكح ابنته بأقل من صداق المثل أعنى البكر وأن الثيب الرشيدة اذا رضيت به لم يكن للاولياء مقال وقال أبو حنيفة مهر المثل من الكفاءة ✡ وسبب اختلافهم أما في الاب فلاختلافهم هل له ان يضع من صداق ابنته البكر شيئاً أم لا . وأما في الثيب فلاختلافهم هل ترتفع عنها الولاية في مقدار الصداق اذا كانت رشيدة كما ترتفع في سائر تصرفاتها المالية أم ليس ترتفع الولاية عن مقدار الصداق اذا كانت لا يرتفع عنها في التصرف في النكاح والصداق والصداق من أسبابه وقد كان هذا القول أخلق بمن يشترط الولاية ممن لم يشترطها لكن أتى الامر بالعكس. ويتعلق بأحكام الولاية مسئلة مشهورة وهى هل يجوز للولى ان ينكح وليته من نفسه أم لا يجوز ذلك فمنع ذلك الشافعى قياساً على الحاكم والشاهد أعنى انه لا يحكم لنفسه ولا يشهد لنفسه وأجاز ذلك مالك ولا أعلم لمالك حجة في ذلك الا ماروى من انه عليه الصلاة والسلام تزوج أم سلمة بغير ولى لان ابنها كان صغيراً وماثبت انه عليه الصلاة والسلام : أعتق صفية فجعل صداقها عتقها والاصل عند الشافعى في أنكحة النبي عليه الصلاة والسلام انها على الخصوص حتى يدل الدليل على العموم لكثرة خصوصيته فى هذا المعنى صلى الله عليه وسلم ولكن تردد قوله في الامام الاعظم .

﴿ الفصل الثانى فى الشهادة ﴾

واتفق أبو حنيفة والشافعى ومالك على ان الشهادة من شرط النكاح واختلفوا هل اهي شرط تمام يؤمر به عند الدخول او شرط صحة يؤمر به عند العقد . واتفقوا على أنه لا يجوز نكاح السر . واختلفوا اذا أشهد شاهدين ووصيا بالكتمان هل هو سر أو ليس بسر فقال مالك هو سر ويفسخ، وقال أبو حنيفة والشافعى ليس بسر ✡ وسبب اختلافهم هل الشهادة في ذلك حكم شرعى أم انما المقصود منها سد ذريعة الاختلاف او الانكار فمن قال حكم شرعى قال هي شروط من شروط الصحة ومن قال توثق قال من شروط التمام والاصل في هذا ماروى عن ابن عباس : لانكاح الا بشاهدى عدل وولى مرشد ولا مخالف له من الصحابة وكثير من الناس رأى هذا داخلا في باب الاجماع وهو ضعيف وهذا الحديث قد روى مرفوعا ذكره الدار قطنى وذكر أن في سنده مجاهيل وأبو حنيفة ينعقد النكاح عنده بشهادة فاسقين لان المقصود عنده بالشهادة هو الاعلان فقط والشافعى يرى أن الشهادة تتضمن المعنيين أعنى الاعلان والقبول ولذلك اشترط فيها العدالة . واما مالك فليس يتضمن عنده الاعلان اذا وصى الشاهدان بالكتمان ✡ وسبب اختلافهم هل ماتقع فيه الشهادة

ينطلق عليه اسم السر أم لا والاصل فى اشتراط الاعلان قول النبى عليه الصلاة والسلام : اعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالدفوف خرجه أبوداود وقال عمر فيه هذا نكاح السر ولو تقدمت فيه لرجمت وقال أبوثور وجماعة ليس الشهود من شرط النكاح لاشرط صحة ولا شرط تمام وفعل ذلك الحسن بن على روى عنه انه تزوج بغير شهادة ثم أعلن بالنكاح

(الفصل الثالث في الصداق)

والنظر في الصداق في ستة مواضع ، الاول في حكمه واركانه ، الموضع الثانى في تقرر جميعه للزوجة ، الموضع الثالث في تشطيره ، الموضع الرابع فى التفويض وحكمه ، الموضع الخامس الاصدقة الفاسدة وحكمها، الموضع السادس فى اختلاف الزوجين في الصداق .

(الموضع الاول) وهذا الموضع فيه أربع مسائل، الاولى فى حكمه ، الثانية فى قدره ، الثالثة فى جنسه ووصفه ، الرابعة في تأجيله .

(المسئلة الاولى) اما حكمه فانهم اتفقوا على انه شرط من شروط الصحة وأنه لايجوز التواطؤ على تركه لقوله تعالى (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) وقوله تعالى (فانكحوهن باذن أهلهن وآتوهن اجورهن) .

(المسئلة الثانية) وأما قدره فانهم اتفقوا على أنه ليس لاكثره حد * واختلفوا في أقله فقال الشافعى وأحمد واسحق وأبو ثور وفقهاء المدينة من التابعين ليس لاقله حد وكل ما جاز أن يكون ثمنا وقيمة لشىء جاز أن يكون صداقا وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك وقال طائفة بوجوب تحديد أقله وهؤلاء اختلفوا فالمشهور في ذلك مذهبان ، أحدهما مذهب مالك وأصحابه ، والثانى مذهب أبى حنيفة وأصحابه . فأما مالك فقال أقله ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم كيلا من فضة أو ما ساوى الدراهم الثلاثة أعنى دراهم الكيل فقط في المشهور وقيل أو ما يساوى أحدهما وقال أبو حنيفة عشرة دراهم أقله وقيل خمسة دراهم وقيل أربعون درهما * وسبب اختلافهم في التقدير سببان ، أحدهما تردده بين أن يكون عوضا من الاعواض يعتبر فيه التراضى بالقليل كان أو بالكثير كالحال في البيوعات وبين أن يكون عبادة فيكون موقتا وذلك أنه من جهة انه يملك به على المرأة منافعها على الدوام يشبه العوض ومن جهة انه لايجوز التراضى على اسقاطه يشبه العبادة * والسبب الثانى معارضة هذا القياس المقتضى التحديد لمفهوم الاثر الذى لايقتضى التحديد . أما القياس الذى

يقتضي التحديد فهو كما قلنا انه عبـادة والعبادات موقتة . وأما الأثر الذي يقتضي مفهومه عدم التحديد فحديث سهل بن سعد الساعدي المتفق على صحته وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت يارسول الله انى قد وهبت نفسي لك فقامت قياما طويلا فقام رجل فقال يارسول الله زوجنيها ان لم يكن لك بها حاجة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل معك من شيء تصدقها اياه فقال ماعندي الا ازاري فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان أعطيتها اياه جلست لا ازار لك فالتمس شيئا فقال لا أجد شيئا فقال عليه الصلاة والسلام : التمس ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هل معك شيء من القرآن قال نعم سورة كذا وسورة كذا لسور سماها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنكحتكها بما معـك من القرآن قالوا فقوله عليه الصلاة والسلام التمس ولو خاتما من حديد دليل على انه لا قدر لأقله لانه لو كان له قدر لبينه اذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة وهذا استدلال بين كما ترى مع أن القياس الذي اعتمده القائلون بالتحديد ليس تسلم مقدماته وذلك انه انبنى على مقدمتين ، احداها أن الصداق عبـادة ، والثانية أن العبادة موقتة وفي كليهما نزاع للخصم وذلك انه قد يلفى في الشرع من العبادات ما ليسـت موقتة بل الواجب فيها هو أقل ما ينطلق عليه الاسم وأيضا فانه ليس فيه شبه العبادات خالصا وانما صار المرجحون لهذا القياس على مفهوم الاثر لاحتمال أن يكون ذلك الاثر خاصا بذلك الرجل لقوله فيه قد أنكحتكها بما معك من القرآن وهذا خلاف للاصول وان كان قد جاء في بعض رواياته انه قال قم فعلمها لما ذكر أنه معه من القرآن فقام فعلمها فجاء نكاحا باجارة لكن لما التمسوا أصلا يقيسون عليه قدر الصداق لم يجدوا شيئا أقرب شبها به من نصاب القطع على بعد ما بينهما وذلك أن القياس الذي استعملوه في ذلك هو أنهم قالوا عضو مسـتباح بمال فوجب أن يكون مقدراً أصله القطع وضعف هذا القياس هو من قبل أن الاسـتباحة فيهما هي مقولة باشـتراك الاسم وذلك أن القطع غير الوطء وأيضا فان القطع اسـتباحة على جهة العقوبة والاذى ونقص خلقة وهذا اسـتباحة على جهة اللذة والمودة ومن شأن قياس الشبه على ضعفه أن يكون الذي به تشابه الفرع والاصل شيئا واحداً لا باللفظ بل بالمعنى وان يكون الحكم انما وجـد للاصل من جهة الشبه وهذا كله معدوم في هذا القياس ومع هذا فانه من الشبه الذي لم ينبه عليه اللفظ وهذا النوع من القياس مردود عند المحققين لكن لم يستعملوا هذا القياس في اثبات التحديد المقابل لمفهوم الحديث اذ هو في غاية الضعف وانمـا استعملوه في تعيين قدر التحديد

وأما القياس الذى استعملوه فى معارضة مفهوم الحديث فهو أقوى من هذا ويشهد لعدم التحديد ماخرجه الترمذى ان امرأة تزوجت على نعلين فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : أرضيت من نفسك ومالك بنعلين فقالت نعم فجوز نكاحها وقال هو حديث حسن صحيح * ولما اتفق القائلون بالتحديد على قياسه على نصاب السرقة اختلفوا فى ذلك بحسب اختلافهم فى نصاب السرقة فقال مالك هو ربع دينار أو ثلاثة دراهم لانه النصاب فى السرقة عنده ، وقال أبو حنيفة هو عشرة دراهم لانه النصاب فى السرقة عنده وقال ابن شبرمة هو خمسة دراهم لانه النصاب عنده أيضا فى السرقة وقد احتجت الحنفية لكون الصداق محدداً بهذا القدر بحديث يروونه عن جابر عن النبى عليه الصلاة والسلام : انه قال : لامهر بأقل من عشرة دراهم ولو كان هذا ثابتا لكان رافعا لموضع الخلاف لانه كان يجب لموضع هذا الحديث ان يحمل حديث سهل بن سعد على الخصوص لكن حديث جابر هذا ضعيف عند أهل الحديث فانه يرويه قالوا مبشر ابن عبيد عن الحجاج بن ارطاة عن عطاء عن جابر ومبشر والحجاج ضعيفان وعطاء أيضا لم يلق جابراً ولذلك لايمكن أن يقال ان هذا الحديث معارض لحديث سهل بن سعد .

(المسئلة الثالثة) أما جنسه فكل ماجاز أن يتملك وأن يكون عوضاً.واختلفوا من ذلك فى مكانين فى النكاح بالاجارة وفى جعل عتق أمته صداقها * أما النكاح على الاجارة ففى المذهب فيه ثلاثة أقوال ، قول بالاجازة ، وقول بالمنع ، وقول بالكراهة والمشهور عن مالك الكراهة ولذلك رأى فسخه قبل الدخول وأجازه من أصحابه اصبغ وسحنون وهو قول الشافعى ومنعه ابن القاسم وابو حنيفة الا فى العبد فان أبا حنيفة أجازه * وسبب اختلافهم سببان ، أحدهما هل شرع من قبلنا لازم لنا حتى يدل الدليل على ارتفاعه أم الامر بالعكس فمن قال هو لازم أجازه لقوله تعالى « إنى أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج » الآية ومن قال ليس بلازم قال لايجوز النكاح بالاجارة * والسبب الثانى هل يجوز أن يقاس النكاح فى ذلك على الاجارة وذلك ان الاجارة هى مستثناة من بيوع الغرر المجهول ولذلك خالف فيها الاصم وابن علية وذلك ان اصل التعامل انما هو على عين معروفة ثابتة فى عين معروفة ثابتة والاجارة هى عين ثابتة فى مقابلتها حركات وافعال غير ثابتة ولامقدرة بنفسها ولذلك اختلف الفقهاء متى تجب الاجرة على المستاجر.وأما كون العتق صداقا فانه منعه فقهاء الامصار ماعدا داود وأحمد * وسبب اختلافهم معارضة الاثر الوارد فى ذلك للاصول أعنى ماثبت من انه عليه الصلاة والسلام : أعتق صفية وجعل عتقها صداقها مع احتمال ان يكون هذا خاصا به عليه الصلاة والسلام لكثرة اختصاصه

في هـذا الباب ووجه مفارقته للاصول أن العتق ازالة ملك والازالة لا تتضمن استباحة الشيء بوجه آخر لانها اذا أعتقت ملكت نفسها فكيف يلزمها النكاح ولذلك قال الشافعي انها ان كرهت زواجه غرمت له قيمتها لانه رأى انها قد اتلفت عليه قيمتها اذ كان انما اتلفها بشرط الاستمتاع بها وهذا كله لا يعارض به فعله عليه الصلاة والسلام ولو كان غير جائز لغيره لبينه عليه الصلاة والسلام والاصل ان أفعاله لازمة لنا الا ما قام الدليل على خصوصيته ✡ وأما صفة الصداق فانهم اتفقوا على انعقاد النكاح على العرض المعين الموصوف أعني المنضبط جنسه وقدره بالوصف. واختلفوا في العرض الغير موصوف ولا معين مثل ان يقول أنكحتكها على عبد أو خادم من غير ان يصف ذلك وصفا يضبط قيمته فقال مالك وأبو حنيفة يجوز وقال الشافعي لا يجوز واذا وقع النكاح على هذا الوصف عند مالك كان لها الوسط مما سمى وقال أبو حنيفة يجبر على القيمة ❋ وسبب اختلافهم هل يجرى النكاح في ذلك مجرى البيع من القصد في التشاح او ليس يبلغ ذلك المبلغ بل القصد منه أكثر ذلك المكارمة فمن قال يجرى في التشاح مجرى البيع قال كما لا يجوز البيع على شيء غير موصوف كذلك لا يجوز النكاح ومن قال ليس يجرى مجراه اذ المقصود منه انما هو المكارمة قال يجوز: وأما التأجيل فان قوما لم يجيزوه اصلا وقوم أجازوه واستحبوا ان يقدم شيئا منه اذا اراد الدخول وهو مذهب مالك والذين أجازوا التاجيل منهم من لم يجزه الا لزمن محدود وقدر هذا البعض وهو مذهب مالك ومنهم من أجازه لموت أو فراق وهو مذهب الاوزاعي ✡ وسبب اختلافهم هل يشبه النكاح البيع في التاجيل أو لا يشبهه فمن قال يشبهه لم يجز التاجيل لموت او فراق ومن قال لا يشبهه أجاز ذلك ومن منع التاجيل فلكونه عبادة

(الموضع الثاني) في النظر في التقرر واتفق العلماء على ان الصداق يجب كله بالدخول أو الموت. أما وجوبه كله بالدخول فلقوله تعالى (وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا) الآية ✡ وأما وجوبه بالموت فلا أعلم الآن فيه دليلا مسموعا الا انعقاد الاجماع على ذلك. واختلفوا هل من شرط وجوبه مع الدخول المسيس أم ليس ذلك من شرطه بل يجب بالدخول والخلوة وهو الذي يعنون بارخاء الستور فقال مالك والشافعي وداود لا يجب بارخاء الستور الا نصف المهر مالم يكن المسيس وقال أبو حنيفة يجب المهر بالخلوة نفسها ان لا يكون محرما او مريضاً أو صائما في رمضان أو كانت المرأة حائضاً وقال ابن أبي ليلى يجب المهر كله بالدخول ولم يشترط في ذلك شيئاً ✡ وسبب اختلافهم في ذلك معارضة حكم الصحابة في ذلك لظاهر الكتاب. وذلك أنه نص تبارك وتعالى في المدخول بها المنكوحة انه ليس يجوز أن يؤخذ من

صداقها شيء في قوله تعالى « وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض » ونص في المطلقة قبل المسيس أن لها نصف الصداق فقال تعالى « وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف مافرضتم » وهذا نص كما نرى فى حكم كل واحدة من هاتين الحالتين أعنى قبل المسيس وبعد المسيس ولا وسط بينهما فوجب بهذا ايجابا ظاهراً أن الصداق لايجب الا بالمسيس والمسيس ههنا الظاهر من امره انه الجماع وقد يحتمل أن يحمل على أصله فى اللغة وهو المس ولعل هذا هو الذى تأولت الصحابة ولذلك قال مالك في العنين المؤجل انه قد وجب الصداق لها عليه اذا وقع الطلاق لطول مقامه معها فجعل له دون الجماع تاثيرا في ايجاب الصداق واما الاحكام الواردة في ذلك عن الصحابة فهو ان من اغلق بابا او أرخى ستراً فقد وجب عليه الصداق لم يختلف عليهم في ذلك فيما حكوا . واختلفوا من هذا الباب في فرع وهو اذا اختلفا في المسيس أعنى القائلين باشتراط المسيس وذلك مثل ان تدعى هي المسيس وينكر هو فالمشهور عن مالك أن القول قولها وقيل ان كان دخول بناء صدقت وان كان دخول زيارة لم تصدق وقيل ان كانت بكراً نظر اليها النساء فيتحصل فيها في المذهب ثلاثة أقوال وقال الشافعى وأهل الظاهر القول قوله وذلك لانه مدعى عليه ومالك ليس يعتبر في وجوب اليمين على المدعى عليه من جهة ما هو مدعى عليه بل من جهة ما هو أقوى شبهة في الا كثر ولذلك يجعل القول فى مواضع كثيرة قول المدعى اذا كان أقوى شبهة وهذا الخلاف يرجع الى هل ايجاب اليمين على المدعى عليه معلل أو غير معلل وكذلك القول في وجوب البينة على المدعى وسيأتى هذا فى مكانه

(الموضع الثالث فى التشطير) واتفقوا اتفاقا مجملا انه اذا طلق قبل الدخول وقد فرض صداقا انه يرجع عليها بنصف الصداق لقوله تعالى « فنصف مافرضتم » الآية ، والنظر فى التشطير فى أصول ثلاثة فى محله من الانكحة وفي موجبه من أنواع الطلاق أعنى الواقع قبل الدخول وفي حكم ما يعرض له من التغييرات قبل الطلاق. أما محله من النكاح عند مالك فهو النكاح الصحيح أعنى أن يكون يقع الطلاق الذى قبل الدخول في النكاح الصحيح. وأما النكاح الفاسد فان لم تكن الفرقة فيه فسخا وطلق قبل الفسخ ففى ذلك قولان . وأما موجب التشطير فهو الطلاق الذى يكون باختيار من الزوج لا باختيار منها مثل الطلاق الذى يكون من قبل قيامها بعيب يوجد فيه واختلفوا من هذا الباب في الذى يكون سببه قيامها عليه بالصداق أو النفقة مع عسره ولا فرق بينه وبين القيام بالعيب . وأما الفسوخ التى ليست طلاقا فلا خلاف انها ليست توجب التشطير اذا كان فيها الفسخ من قبل العقد أو من قبل الصداق وبالجملة

من قبل عدم موجبات الصحة وليس لها فى ذلك اختيار أصلا . وأما الفسوخ الطارئة على العقد الصحيح مثل الردة والرضاع فان لم يكن لاحدهما فيه اختيار أو كان لها دونه لم يوجب التشطير وان كان له فيه اختيار مثل الردة أوجب التشطير والذى يقتضيه مذهب أهل الظاهر ان كل طلاق قبل البناء فواجب أن يكون فيه التنصيف سواء كان من سببها أو سببه وان ما كان فسخاً ولم يكن طلاقا فلا تنصيف فيه ✡ وسبب الخلاف هل هذه السنة معقولة المعنى أم ليست بمعقولة فمن قال انها معقولة المعنى وانه انما وجب لها نصف الصداق عوض ما كان لها لمكان الجبر على رد سلعتها وأخذ الثمن كالحال فى المشترى فلما فارق النكاح فى هذا المعنى البيع جعل لها هذا عوضاً من ذلك الحق قال اذا كان الطلاق من سببها لم يكن لها شىء لانها أسقطت ما كان لها من جبره على دفع الثمن وقبض السلعة ومن قال انها سنة غير معقولة واتبع ظاهر اللفظ قال يلزم التشطير فى كل طلاق كان من سببه أو سببها . فاما حكم مايعرض للصداق من التغيرات قبل الطلاق فان ذلك لايخلو أن يكون من قبلها أو من الله فما كان من قبل الله فلا يخلو من أربعة أوجه إما أن يكون تلفا للكل وإما أن يكون نقصا وإما أن يكون زيادة وإما أن يكون زيادة ونقصانا معا وما كان من قبلها فلا يخلو أن يكون تصرفها فيه بتفويت مثل البيع والعتق والهبة أو يكون تصرفها فيه فى منافعها الخاصة بها أو فيما تتجهز به الى زوجها فعند مالك انهما فى التلف وفى الزيادة وفى النقصان شريكان وعند الشافعى انه يرجع فى النقصان والتلف عليها بالنصف ولا يرجع بنصف الزيادة ✡ وسبب اختلافهم هل تملك المرأة الصداق قبل الدخول أو الموت ملكا مستقراً أولا تملكه فمن قال انها لاتملكه ملكا مستقراً قال هما فيه شريكان مالم تعتد فتدخله فى منافعها ومن قال تملكه ملكا مستقراً والتشطير حق واجب تعين عليها عند الطلاق وبعد استقرار الملك أوجب الرجوع عليها بجميع ماذهب عندها ولم يختلفوا انها اذا صرفته فى منافعها ضامنة للنصف ✡ واختلفوا اذا اشترت به ما يصلحها للجهاز مما جرت به العادة هل يرجع عليها بنصف ما اشترته أم بنصف الصداق الذى هو الثمن فقال مالك يرجع عليها بنصف ما اشترته : وقال أبو حنيفة والشافعى يرجع عليها بنصف الثمن الذى هو الصداق ، واختلفوا من هذا الباب فى فرع مشهور متعلق بالسماع وهو هل للاب أن يعفو عن نصف الصداق فى ابنته البكر أعنى اذا طلقت قبل الدخول وللسيد فى أمته فقال مالك ذلك له وقال أبو حنيفة والشافعى ليس ذلك له ✡ وسبب اختلافهم هو الاحتمال الذى فى قوله تعالى (إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح) وذلك

في لفظة يعفو فانها تقال في كلام العرب مرة بمعنى تسقط ومرة بمعنى يهب وفي قوله الذي بيده عقدة النكاح على من يعود هذا الضمير هل على الولي أو على الزوج فمن قال على الزوج جعل يعفو بمعنى يهب ومن قال على الولي جعل يعفو بمعنى تسقط وشذ قوم فقالوا لكل ولي أن يعفو عن نصف الصداق الواجب للمرأة ويشبه أن يكون هذان الاحتمالان اللذان في الآية على السواء لكن من جعله الزوج فلم يوجب حكما زائداً في الآية أي شرعا زائدا لان جواز ذلك معلوم من ضرورة الشرع ومن جعله الولي إما الاب وإما غيره فقد زاد شرعا فلذلك يجب عليه أن يأتي بدليل يبين به أن الآية أظهر في الولي منها في الزوج وذلك شيء يعسر. والجمهور على أن المرأة الصغيرة والمحجورة ليس لها أن تهب من صداقها النصف الواجب لها وشذ قوم فقالوا يجوز أن تهب مصيرا لعموم قوله تعالى (الا أن يعفون) واختلفوا من هذا الباب في المرأة إذا وهبت صداقها لزوجها ثم طلقت قبل الدخول فقال مالك ليس يرجع عليها بشيء وقال الشافعي يرجع عليها بنصف الصداق ☆ وسبب الخلاف هل النصف الواجب للزوج بالطلاق هو في عين الصداق أو في ذمة المرأة فمن قال في عين الصداق قال لا يرجع عليها بشيء لانه قد قبض الصداق كله ومن قال هو في ذمة المرأة قال يرجع وإن وهبته له كما لو وهبت له غير ذلك من مالها وفرق أبو حنيفة في هذه المسئلة بين القبض ولا قبض فقال ان قبضت فله النصف وان لم تقبض حتى وهبت فليس له شيء كأنه رأى ان الحق في العين ما لم يقبض فاذا قبضت صار في الذمة .

﴿ الموضع الرابع في التفويض ﴾ وأجمعوا على أن نكاح التفويض جائز وهو أن يعقد النكاح دون صداق لقوله تعالى « لاجناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) واختلفوا من ذلك في موضعين ؛ أحدهما اذا طلبت الزوجة فرض الصداق. واختلفا في القدر، والموضع الثاني اذا مات الزوج ولم يفرض هل لها صداق أم لا

﴿ فاما المسئلة الاولى ﴾ وهي اذا قامت المرأة تطلب أن يفرض لها مهراً فقالت طائفة يفرض لها مهر مثلها وليس للزوج في ذلك خيار فان طلق بعد الحكم فمن هؤلاء من قال لها نصف الصداق ومنهم من قال ليس لها شيء لان أصل الفرض لم يكن في عقدة النكاح وهو قول أبي حنيفة وأصحابه. وقال مالك وأصحابه الزوج بين خيارات ثلاث اما ان يطلق ولا يفرض واما أن يفرض ما تطلبه المرأة به واما ان يفرض صداق المثل ويلزمها ☆ وسبب اختلافهم أعني بين من يوجب مهر المثل عن غير خيار للزوج اذا طلق بعد طلبها الفرض ومن لا يوجب

اختلافهم في مفهوم قوله تعالى (لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) هل هذا محمول على العموم فى سقوط الصداق سواء كان سبب الطلاق اختلافهم في فرض الصداق أو لم يكن الطلاق سببه الخلاف في ذلك وأيضا فهل يفهم من رفع الجناح عن ذلك سقوط المهر فى كل حال أولا يفهم ذلك فيه احتمال وان كان الاظهر سقوطه في كل حال لقوله تعالى (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره)ولا خلاف أعلمه في انه اذا طلق ابتداء انه ليس عليه شيء وقد كان يجب على من أوجب لها المتعة مع شطر الصداق اذا طلق قبل الدخول في نكاح غير التفويض وأوجب لها مهر المثل في نكاح التفويض أن يوجب لها مع المتعة فيه شطر مهر المثل لان الآية لم تتعرض بمفهومها لاسقاط الصداق في نكاح التفويض وانما تعرضت لاباحة الطلاق قبل الفرض فان كان يوجب نكاح التفويض مهر المثل اذا طلب فواجب أن يتشطر اذا وقع الطلاق كما يتشطر في المسمى ولهذا قال مالك انه ليس يلزم فيه مهر المثل مع خيار الزوج .

(وأما المسئلة الثانية) وهي اذا مات الزوج قبل تسمية الصداق وقبل الدخول بها فان مالكا وأصحابه والاوزاعى قالوا ليس لها صداق ولها المتعة والميراث وقال أبو حنيفة لها صداق المثل والميراث وبه قال أحمد وداود وعن الشافعى القولان جميعا الا أن المنصور عند أصحابه هو مثل قول مالك ☆ وسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر أما الاثر فهو ما روى عن ابن مسعود انه سئل عن هذه المسئلة فقال أقول فيها برأيي فان كان صوابا فمن الله وان كان خطأ فمنى أرى لها صداق مرأة من نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن يسار الاشجعى فقال أشهد لقضيت فيها بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في بروع بنت واشق خرجه أبوداود والنسائى والترمذى وصححه . واما القياس المعارض لهذا فهو أن الصداق عوض فلما لم يقبض المعوض لم يجب العوض قياسا على البيع وقال المزنى عن الشافعى في هذه المسئلة ان ثبت حديث بروع فلا حجة فى قول أحد مع السنة والذى قاله هو الصواب والله أعلم .

☆(الموضع الخامس في الاصدقة الفاسدة) ☆

والصداق يفسد اما لعينه واما لصفة فيه من جهل أو غرر . فالذى يفسد لعينه فمثل الخمر والخنزير وما لا يجوز أن يتملك والذى يفسد من قبل الغرر والجهل فالاصل فيه تشبيهه بالبيوع وفى ذلك خمس مسائل مشهورة .

(المسئلة الاولى) اذا كان الصداق خمرا أوخنزيرا أوثمرة لم يبدصلاحها أوبعيرا شاردا فقال أبو حنيفة العقد صحيح اذا وقع وفيه مهر المثل وعن مالك فى ذلك روايتان : احداهما فساد العقد وفسخه قبل الدخول وبعده وهو قول أبى عبيد ، والثانية انه ان دخل ثبت ولها صداق المثل ✲ وسبب اختلافهم هل حكم النكاح في ذلك حكم البيع أم ليس كذلك فمن قال حكمه حكم البيع قال يفسد النكاح بفساد الصداق كما يفسد البيع بفساد الثمن ومن قال ليس من شرط صحة عقد النكاح صحة الصداق بدليل أن ذكر الصداق ليس شرطا فى صحة العقد قال يمضى النكاح ويصحح بصداق المثل والفرق بين الدخول وعدمه ضعيف والذى تقتضيه أصول مالك أن يفرق بين الصداق المحرم العين وبين المحرم لصفة فيه قياسا على البيع ولست أذكر الآن فيه نصا .

(المسئلة الثانية) واختلفوا اذا اقترن بالمهر بيع مثل أن تدفع اليه عبدا ويدفع الف درهم عن الصداق وعن ثمن العبد ولا يسمى الثمن من الصداق فمنعه مالك وابن القاسم وبه قال أبو ثور وأجازه أشهب وهو قول أبى حنيفة وفرق عبد الله فقال ان كان الباقى بعد البيع ربع دينار فصاعدا بامر لايشك فيه جاز . واختلف فيه قول الشافعى فمرة قال ذلك جائز ومرة قال فيه مهر المثل ✲ وسبب اختلافهم هل النكاح في ذلك شبيه بالبيع أم ليس بشبيه فمن شبهه فى ذلك بالبيع منعه ومن جوز في النكاح من الجهل ما لايجوز في البيع قال يجوز .

(المسئلة الثالثة) واختلف العلماء فيمن نكح امرأة واشترط عليه في صداقها حباء يحبى به الاب على ثلاثة أقوال ، فقال أبو حنيفة وأصحابه الشرط لازم والصداق صحيح ، وقال الشافعى المهر فاسد ولها صداق المثل وقال مالك اذا كان الشرط عند النكاح فهو لابنته وان كان بعد النكاح فهو له ✲ وسبب اختلافهم تشبيه النكاح في ذلك بالبيع فمن شبهه بالوكيل يبيع السلعة ويشترط لنفسه حباء قال لايجوز النكاح كما لايجوز البيع ومن جعل النكاح في ذلك مخالفاً للبيع قال يجوز . وأما تفريق مالك فلانه اتهمه اذا كان الشرط فى عقد النكاح ان يكون ذلك الذى اشترطه لنفسه نقصانا من صداق مثلها ولم يتهمه اذا كان بعد انعقاد النكاح والاتفاق على الصداق وقول مالك هو قول عمر بن عبد العزيز والثورى وأبى عبيد وخرج النسائى وأبو داود وعبد الرزاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أيما امرأة نكحت على حباء قبل عصمة النكاح فهو لها وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن أعطيه وأحق ما أكرم الرجل عليه ابنته وأخته وحديث عمرو بن شعيب

مختلف فيه من قبل انه صحفه ولكنه نص في قول مالك وقال أبوعمر بن عبدالبر اذا رونه الثقات وجب العمل به ،

(المسئلة الرابعة) واختلفوا في الصداق يستحق أو يوجد به عيب فقال الجمهور النكاح ثابت . واختلفوا هل يرجع بالقيمة أوبالمثل أو بمهرالمثل واختلف في ذلك قول الشافعى فقال مرة بالقيمة وقال مرة بمهر المثل وكذلك اختلف المذهب في ذلك فقيل يرجع بالقيمة وقيل يرجع بالمثل قال أبوحسن اللخمى ولو قيل يرجع بالاقل من القيمة أو صداق المثل لكان ذلك وجها وشذ سحنون فقال النكاح فاسد ومبنى الخلاف هل يشبه النكاح في ذلك البيع أولايشبهه فمن شبهه قال ينفسخ ومن لم يشبهه قال لاينفسخ .

(المسئلة الخامسة) واختلفوا في الرجل ينكح المرأة على ان الصداق الف ان لم يكن له زوجة وان كانت له زوجة فالصداق الفان فقال الجمهور بجوازه واختلفوا في الواجب في ذلك فقال قوم الشرط جائز ولها من الصداق بحسب مااشترط وقالت طائفة لها مهر المثل وهو قول الشافعى وبه قال أبو ثور الا انه قال ان طلقها قبل الدخول لم يكن لها الا المتعة وقال أبو حنيفة ان كانت له امرأة فلها الف درهم وان لم تكن له امرأة فلها مهر مثلها مالم يكن أكثرمن الالفين أو أقل من الالف ويتخرج في هذا قول ان النكاح مفسوخ لمكان القدر ولست أذكر الآن نصا فيها في المذهب فهذه مشهور مسائلهم في هذا الباب وفروعه كثيرة ،واختلفوا فيما يعتبر به فهو المثل اذا قضى به في هذه المواضع وما أشبهها فقال مالك يعتبر فى جمالها ونصابها ومالها وقال الشافعى يعتبر بنساء عصبتها فقط وقال أبو حنيفة يعتبر في ذلك نساء قرابتها من العصبة وغيرهم ومبنى الخلاف هل المماثلة في المنصب فقط أو فى المنصب والمال والجمال لقوله عليه الصلاة والسلام : تنكح المرأة لدينها وجمالها وحسبها الحديث .

(الموضع السادس فى اختلاف الزوجين في الصداق) واختلافهم لايخلو ان يكون في القبض أو في القدر أو في الجنس أوفي الوقت أعنى وقت الوجوب . فأما اذا اختلفا في القدر فقالت المرأة مثلا بمائتين وقال الزوج بمائة فان الفقهاء اختلفوا فى ذلك اختلافا كثيرا فقال مالك انه ان كان الاختلاف قبل الدخول وأتى الزوج بما يشبه والمرأة بما يشبه انهما يتحالفان ويتفاسخان وان حلف احدهما ونكل الآخر كان القول قول الحالف وان نكلا جميعا كان بمنزلة ما اذا حلفا جميعا ومن أتى بما يشبه منهما كان القول قوله وان كان الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج .وقالت طائفة القول قول الزوج

مع يمينه وبه قال ابو ثور وابن أبي ليلى وابن شبرمة وجماعة وقالت طائفة القول قول الزوجة الى مهر مثلها وقول الزوج فيما زاد على مهر مثلها ، وقالت طائفة اذا اختلفا تحالفا ورجع الى مهر المثل ولم ير الفسخ كمالك وهو مذهب الشافعي والثوري وجماعة وقد قيل انها ترد الى صداق المثل دون يمين مالم يكن صداق المثل أكثر مما ادعت وأقل مما ادعى هو واختلافهم مبنى على اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام البينة على من ادعى واليمين على من انكر هل ذلك معلل أو غير معلل فمن قال معلل قال يحلف أبداً أقواهما شبهة فان استويا تحالفا وتفاسخا ومن قال غير معلل قال يحلف الزوج لانها تقر له بالنكاح وجنس الصداق وتدعى عليه قدراً زائدا فهو مدعى عليه وقيل أيضا يتحالفان أبدا لأن كل واحد منهما مدعى عليه وذلك عند من لم يراع الاشباه والخلاف في ذلك فى المذهب ومن قال القول قولها الى مهر المثل والقول قوله فيما زاد على مهر المثل رأى أنهما لايستويان أبداً فى الدعوى بل يكون احدهما ولابد أقوى شبهة وذلك انه لايخلو دعواها من ان يكون فيما يعادل صداق مثلها فما دونه فيكون القول قولها فيكون فيما فوق ذلك فيكون القول قوله * وسبب اختلاف مالك والشافعي في التفاسخ بعد التحالف والرجوع الى صداق المثل هو هل يشبه النكاح بالبيع في ذلك أم ليس يشبهه فمن قال يشبه به قال بالتفاسخ ومن قال لايشبهه لأن الصداق ليس من شرط صحة العقد قال بصداق المثل بعد التحالف وكذلك من زعم من اصحاب مالك انه لايجوز لهما بعد التحالف ان يتراضيا على شيء ولا أن يرجع أحدهما الى قول الآخر ويرضى به فهو فى غاية الضعف ومن ذهب الى هذا فانما يشبه باللعان وهو تشبيه ضعيف مع أن وجود هذا الحكم للعان مختلف فيه . وأما اذا اختلفا في القبض فقالت الزوجة لم أقبض وقال الزوج قد قبضت فقال الجمهور القول قول المرأة الشافعي والثوري واحمد وابو ثور، وقال مالك القول قولها قبل الدخول والقول قوله بعد الدخول ، وقال بعض أصحابه انما قال ذلك مالك لان العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع الصداق فان كان بلد ليس فيه هذا العرف كان القول قولها ابداً والقول بأن القول قولها ابدا أحسن لانها مدعى عليها ولكن مالك راعى قوة الشبهة التى له اذا دخل بها الزوج واختلف أصحاب مالك اذا طال الدخول هل يكون القول قوله بيمين أو بغير يمين وبيمين احسن واما اذا اختلفا في جنس الصداق فقال هو مثلا زوجتك على هذا العبد وقالت هي زوجتك على هذا الثوب فالمشهور فى المذهب انهما يتحالفان ويتفاسخان ان كان الاختلاف قبل البناء وان كان بعد البناء ثبت وكان لها صداق المثل مالم يكن اكثر مما ادعت أو اقل مما اعترف به وقال ابن

القصار يتحالفان قبل الدخول والقول قول الزوج بعد الدخول وقال اصبغ القول قول الزوج ان كان يشبه سواء اشبه قولها اولم يشبه فانلم يشبه قول الزوج فان كان قولهامشبهاً كان القول قولها وان لم يكن قولهامشبها تحالفا وكان لها صداق المثل وقول الشافعي في هذه المسئلة مثل قوله عند اختلافهم في القدر اعني يتحالفان ويتراجعان الى مهر المثل ✡ وسبب قول الفقهاء بالتفاسخ في البيع ستعرف اصله فى كتاب البيوع ان شاء الله واما اختلافهم في الوقت فانه يتصور في الكالىء والذى يجىء على اصل قول مالك فيه في المشهور عنه ان القول في الاجل قول الغارم قياسا على البيع وفيه خلاف ويتصور ايضا متى يجب هل قبل الدخول اوبعده فمن شبه النكاح بالبيوع قال لايجب الا بعد الدخول قياسا على البيع اذ لايجب الثمن على المشترى الا بعد قبض السلعة ومن رأى ان الصداق عبادة تشترط في الجملة قال يجب قبل الدخول ولذلك استحب مالك ان يقدم الزوج قبل الدخول شيئا من الصداق .

✡ (الركن الثالث في معرفة محل العقد) ✡

وكل امرأة فانها تحل في الشرع بوجهين إما بنكاح أو بملك يمين. والموانع الشرعية بالجملة تنقسم اولا الى قسمين موانع مؤبدة وموانع غير مؤبدة والموانع المؤبدة تنقسم الى متفق عليها ومختلف فيها فالمتفق عليها ثلاث نسب وصهر ورضاع والمختلف فيها الزنا واللعان والغير مؤبدة تنقسم الى تسعة احدها مانع العدد ، والثانى مانع الجمع ، والثالث مانع الرق ، والرابع مانع الكفر والخامس مانع الاحرام ، والسادس مانع المرض . والسابع مانع العدة على اختلاف في عدم تأبيده والثامن مانع التطليق ثلاثا للمطلق ؛ والتاسع مانع الزوجية ، فالموانع الشرعية بالجملة أربعة عشر مانعا ففى هذا الباب أربعة عشر فصلا .

(الفصل الاول في مانع النسب)

واتفقوا على أن النساء اللاتى يحرمن من قبل النسب السبع المذكورات في القرآن الامهات والبنات والاخوات والعمات والخالات وبنات الاخ وبنات الاخت . واتفقوا على أن الام ههنا اسم لكل أنثى لها عليك ولادة من جهة الام أو من جهة الاب والبنت اسم لكل أنثى لك عليها ولادة من قبل الابن أو من قبل البنت أو مباشرة . واما الاخت فهو اسم لكل أنثى شاركتك في أحد أصليك و مجموعيهما أعنى الاب أو الام أو كليهما . والعمة اسم لكل انثى هي أخت لابيك أو لكل ذكر له عليك ولادة . واما الخالة فهو اسم لاخت أمك أو أخت كل أنثى لها

عليك ولادة. وبنات الاخ اسم لكل أنثى لاخيك عليها ولادة من قبل أمها أو من قبل أبيها أو مباشرة. وبنات الاخت اسم لكل أنثى لاختك عليها ولادة مباشرة أو من قبل أمها أو من قبل أبيها فهؤلاء الاعيان السبع محرمات ولا خلاف أعلمه في هذه الجملة. والاصل فيها قوله تعالى (حرمت عليكم) الى آخر الآية وأجمعوا على أن النسب الذى يحرم الوطء بنكاح يحرم الوطء بملك اليمين.

(الفصل الثانى في المصاهرة)

وأما المحرمات بالمصاهرة فانهن أربع زوجات الآباء. والاصل فيه قوله تعالى (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) الآية وزوجات الابناء والاصل في ذلك أيضا قوله تعالى (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) وأمهات النساء أيضا والاصل في ذلك قوله تعالى (وأمهات نسائكم) وبنات الزوجات والاصل فيه قوله تعالى (وربائبكم اللاتى في حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن) فهؤلاء الاربع اتفق المسلمون على تحريم اثنين منهن بنفس العقد وهو تحريم زوجات الآباء والابناء وواحدة بالدخول وهي ابنة الزوجة. واختلفوا منها في موضعين، أحدهما هل من شرطها أن تكون في حجر الزوج، والثانية هل تحرم بالمباشرة للامام للذة أو بالوطء. وأما أم الزوجة فانهم اختلفوا هل تحرم بالوطء أو بالعقد على البنت فقط واختلفوا أيضا من هذا الباب في مسئلة رابعة وهي هل يوجب الزنا من هذا التحريم ما يوجبه النكاح الصحيح أو النكاح بشبهة فهنا أربع مسائل.

(المسئلة الاولى) وهي هل من شرط تحريم بنت الزوجة ان تكون في حجر الزوج أم ليس ذلك من شرطه فان الجمهور على أن ذلك ليس من شرط التحريم وقال داود ذلك من شرطه. ومبنى الخلاف هل قوله قوله تعالى (اللاتى في حجوركم) وصف له تأثير في الحرمة أو ليس له تأثير وانما خرج مخرج الموجود الاكثر فمن قال خرج مخرج الموجود الاكثر وليس هو شرطا في الربائب اذ لا فرق في ذلك بين التى في حجره أو التى ليست في حجره قال تحرم الربيبة باطلاق ومن جعله شرطا غير معقول المعنى قال لا تحرم الا اذا كانت في حجره.

(المسئلة الثانية) وأما هل تحرم البنت بمباشرة الام فقط أو بالوطء فانهم اتفقوا على أن حرمتها بالوطء. واختلفوا فيما دون الوطء من اللمس والنظر الى الفرج لشهوة أو لغير شهوة هل ذلك يحرم أم لا فقال مالك والثورى وأبو حنيفة والاوزاعى والليث بن سعد ان اللمس لشهوة يحرم الام وهو أحد قولى

الشافعى وقال داود والمزنى لا يحرمها الا الوطء وهو أحد قولى الشافعى المختار عنده والنظر عند مالك كاللمس اذا كان نظر تلذذ الى أى عضو كان وفيه عنه خلاف ووافقه أبو حنيفة فى النظر الى الفرج فقط وحمل الثورى النظر محمل اللمس ولم يشترط اللذة وخالفهم فى ذلك ابن أبى ليلى والشافعى فى أحد قوليه فلم يوجب فى النظر شيأ وأوجب فى اللمس ✡ ومبنى الخلاف هل المفهوم من اشتراط الدخول فى قوله تعالى « اللاتى دخلتم بهن » الوطء أو التلذذ بما دون الوطء فان كان التلذذ فهل يدخل فيه النظر أم لا.

(المسئلة الثالثة) واما الام فذهب الجمهور من كافة فقهاء الامصار الى انها تحرم بالعقد على البنت دخل بها أولم يدخل وذهب قوم الى أن الام لا تحرم الا بالدخول على البنت كالحال فى البنت أعنى أنها لا تحرم الا بالدخول على الام وهو مروى عن على وابن عباس رضى الله عنهما من طرق ضعيفة ومبنى الخلاف هل الشرط فى قوله تعالى (اللاتى دخلتم بهن) يعود الى أقرب مذكور وهم الربائب فقط أو الى الربائب والامهات المذكورات قبل الربائب فى قوله تعالى (وامهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن) فانه يحتمل ان يكون قوله اللاتى دخلتم بهن يعود على الامهات والبنات ويحتمل ان يعود الى اقرب مذكور وهم البنات. ومن الحجة للجمهور ما روى المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبى عليه الصلاة والسلام قال ايما رجل نكح امرأة فدخل بها او لم يدخل فلا تحل له امها.

(واما المسئلة الرابعة) فاختلفوا فى الزنا هل يوجب من التحريم فى هؤلاء مايوجب الوطء فى نكاح صحيح أو شبهه اعنى الذى يدرأ فيه الحد فقال الشافعى الزنا بالمرأة لايحرم نكاح امها ولابنتها ولا نكاح أبى الزانى لها ولا ابنه، وقال ابو حنيفة والثورى والازاعى يحرم الزنا مايحرم النكاح، واما مالك ففى الموطأ عنه مثل قول الشافعى انه لايحرم وروى عنه ابن القاسم مثل قول ابى حنيفة انه يحرم وقال سحنون واصحاب مالك يخالفون ابن القاسم فيها ويذهبون الى مافى الموطأ وقد روى عن الليث ان الوطء بشبهة لايحرم وهو شاذ ✡ وسبب الخلاف الاشتراك فى اسم النكاح أعنى فى دلالته على المعنى الشرعى واللغوى فمن راعى الدلالة اللغوية فى قوله تعالى (ولاتنكحوا مانكح آباؤكم) قال يحرم الزنا ومن راعى الدلالة الشرعية قال لايحرم الزنا ومن علل هذا الحكم بالحرمة التى بين الام والبنت وبين الاب والابن قال يحرم الزنا أيضا ومن شبهه بالنسب قال لايحرم لاجماع الاكثر على ان النسب لايلحق بالزنا ، واتفقوا

فيما حكى ابن المنذر على أن الوطء بملك اليمين يحرم منه مايحرم الوطء بالنكاح ۞ واختلفوا في تأثير المباشرة في ملك اليمين كما اختلفوا في النكاح .

﴿ الفصل الثالث في مانع الرضاع ﴾

واتفقوا على ان الرضاع بالجملة يحرم منه مايحرم من النسب اعني ان المرضعة تنزل منزلة الام فتحرم على المرضع هي وكل من يحرم على الابن من قبل ام النسب ۞ واختلفوا من ذلك في مسائل كثيرة القواعد منها تسع . احداها في مقدار المحرم من اللبن . والثانية في سن الرضاع والثالثة في حال المرضع في ذلك الوقت عند من يشترط للرضاع المحرم وقتاً خاصاً والرابعة هل يعتبر فيه وصوله برضاع والتقام الثدي أولا يعتبر ۞ والخامسة هل يعتبر فيه المخالطة أم لا يعتبر ۞ والسادسة هل يعتبر الوصول من الحلق أولا يعتبر ۞ والسابعة هل ينزل صاحب اللبن أعني الزوج من المرضع منزلة أب وهو الذي يسمونه لبن الفحل أم ليس ينزل منه بمنزلة أب ۞ والثامنة الشهادة على الرضاع ۞ والتاسعة صفة المرضعة .

(المسئلة الاولى) امامقدار المحرم من اللبن فان قوماً قالوا فيه بعدم التحديد وهو مذهب مالك وأصحابه وروى عن علي وابن مسعود وهو قول ابن عمر وابن عباس وهؤلاء يحرم عندهم أي قدر كان وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والاوزعي وقالت طائفة بتحديد القدر المحرم وهؤلاء انقسموا ثلاث فرق فقالت طائفة لاتحرم المصة ولا المصتان وتحرم الثلاث رضعات فما فوقها وبه قال ابوعبيد وأبو ثور، وقالت طائفة المحرم خمس رضعات وبه قال الشافعي وقالت طائفة عشر رضعات ۞ والسبب في اختلافهم في هذه المسئلة معارضة عموم الكتاب للاحاديث الواردة في التحديد ومعارضة الاحاديث في ذلك بعضها بعضا فاما عموم الكتاب فقوله تعالى (وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم) الآية وهذا يقتضي ماينطلق عليه اسم الارضاع والاحاديث المتعارضة في ذلك راجعة الى حديثين في المعنى أحدهما حديث عائشة وما في معناه انه قال عليه السلام : لاتحرم المصة ولا المصتان أو الرضعة والرضعتان خرجه مسلم من طريق عائشة ومن طريق أم الفضل ومن طريق ثالث وفيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لاتحرم الاملاجة ولا الاملاجتان : والحديث الثاني حديث سهلة في سالم انه قال لها النبي صلى الله عليه وسلم أرضعيه خمس رضعات وحديث عائشة في هذا المعنى أيضا قالت كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات ثم نسخن بخمس معلومات فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرأ من القرآن فمن رجح ظاهر القرآن على هذه الاحاديث

قال تحرم المصة والمصتان ومن جعل الاحاديث مفسرة للآية وجمع بينها وبين الآية ورجح مفهوم دليل الخطاب في قوله عليه السلام : لاتحرم المصة ولا المصتان على مفهوم دليل الخطاب في حديث سالم قال الثلاثة فمافوقها هي التي تحرم وذلك أن دليل الخطاب في قوله : لاتحرم المصة ولا المصتان يقتضى أن مافوقها يحرم ودليل الخطاب في قوله : أرضعيه خمس رضعات يقتضى أن مادونها لايحرم والنظر في ترجيح أحد دليلى الخطاب .

(المسئلة الثانية) واتفقوا على أن الرضاع يحرم في الحولين. واختلفوا في رضاع الكبير فقال مالك وأبو حنيفة والشافعى وكافة الفقهاء لايحرم رضاع الكبير ،وذهب داود وأهل الظاهر الى انه يحرم وهو مذهب عائشة ومذهب الجمهور هو مذهب ابن مسعود وابن عمر وأبى هريرة وابن عباس وسائر أزواج النبى عليه السلام * وسبب اختلافهم تعارض الآثار في ذلك وذلك انه ورد في ذلك حديثان . أحدهما حديث سالم وقد تقدم . والثانى حديث عائشة خرجه البخارى ومسلم قالت : دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم وعندى رجل فاشتد ذلك عليه ورأيت الغضب في وجهه فقلت يارسول الله انه أخى من الرضاعة فقال عليه الصلاة والسلام : انظرن من اخوانكن من الرضاعة فان الرضاعة من المجاعة فمن ذهب الى ترجيح هذا الحديث قال لايحرم اللبن الذى لايقوم للمرضع مقام الغذاء الا ان حديث سالم نازلة في عين وكان سائر أزواج النبى صلى الله عليه وسلم يرون ذلك رخصة لسالم ومن رجح حديث سالم وعلل حديث عائشة لانها لم تكن تعمل به قال يحرم رضاع الكبير .

(المسئلة الثالثة) واختلفوا اذا استغنى المولود بالغذاء قبل الحولين وفطم ثم أرضعته امرأة فقال مالك لايحرم ذلك الرضاع . وقال أبو حنيفة والشافعى تثبت الحرمة به * وسبب اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : فانما الرضاعة من المجاعة فانه يحتمل أن يريد بذلك الرضاع الذى يكون في سن المجاعة كيفما كان الطفل وهو سن الرضاع ويحتمل أن يريد اذا كان الطفل غير مفطوم فان فطم في بعض الحولين لم يكن رضاع من المجاعة فالاختلاف آيل الى أن الرضاع الذى سببه المجاعة والافتقار الى اللبن هل يعتبر فيه الافتقار الطبيعى للاطفال وهو الافتقار الذى سببه سن الرضاع أوافتقار المرضع نفسه وهوالذى يرتفع بالفطم ولكنه موجود بالطبع والقائلون بتأثير الارضاع في مدة الرضاع سواء من اشترط منهم الفطام أولم يشترطه اختلفوا فى هذه المدة فقال هذه المدة حولان فقط وبه قال زفر واستحسن مالك التحريم في الزيادة اليسيرة على العامين وفي قول الشهر عنه وفي قول عنه الى ثلاثة

أشهر وقال أبوحنيفة حولان وستة شهور ☆ وسبب اختلافهم مايظن من معارضة آية الرضاع لحديث عائشة المتقدم وذلك أن قوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) يوهم ان ما زاد على هذين الحولين ليس هو رضاع مجاعة من اللبن وقوله عليه الصلاة والسلام : انما الرضاعة من المجاعة يقتضي عمومه ان ما دام الطفل غذاؤه اللبن ان ذلك الرضاع محرم .

(المسئلة الرابعة) وأما هل يحرم الوجور واللدود وبالجملة ما يصل الى الحلق من غير رضاع فان مالكا قال يحرم الوجور واللدود وقال عطاء وداود لايحرم ☆ وسبب اختلافهم هل المعتبر وصول اللبن كيفما وصل الى الجوف أو وصوله على الجهة المعتادة فمن راعى وصوله على الجهة المعتادة وهو الذى ينطلق عليه اسم الرضاع قال لا يحرم الوجور ولا اللدود ومن راعى وصول اللبن الى الجوف كيفما وصل قال يحرم .

(المسئلة الخامسة) وأما هل من شرط اللبن المحرم اذا وصل الى الحلق أن يكون غير مخالط لغيره فانهم اختلفوا في ذلك أيضا فقال ابن القاسم اذا استهلك اللبن في ماء أو غيره ثم سقيه الطفل لم تقع الحرمة وبه قال ابو حنيفة وأصحابه . وقال الشافعي وابن حبيب ومطرف وابن الماجشون من اصحاب مالك تقع به الحرمة بمنزلة مالو انفرد اللبن او كان مختلطا لم تذهب عينه ☆ وسبب اختلافهم هل يبقى للبن حكم الحرمة اذا اختلط بغيره أم لايبقى به حكمها كالحال في النجاسة اذا خالطت الحلال الطاهر والاصل المعتبر في ذلك انطلاق اسم اللبن عليه كالماء هل يطهر اذا خالطه شيء طاهر .

(المسئلة السادسة) وأما هل يعتبر فيه الوصول الى الحلق أولا يعتبر فانه يشبه أن يكون هذا هو سبب اختلافهم في السعوط باللبن والحقنة به ويشبه أن يكون اختلافهم في ذلك لموضع الشك هل يصل اللبن من هذه الاعضاء أولا يصل .

(المسئلة السابعة) وأما هل يصير الرجل الذى له اللبن أعنى زوج المرأة أبا للمرضع حتى يحرم بينهما ومن قبلهما مايحرم من الآباء والابناء الذين من النسب وهي التى يسمونها لبن الفحل فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وأبو حنيفة والشافعي واحمد والاوزاعي والثورى لبن الفحل يحرم وقالت طائفة لايحرم لبن الفحل وبالاول قال على وابن عباس وبالقول الثانى قالت عائشة وابن الزبير وابن عمر ☆ وسبب اختلافهم معارضة ظاهر الكتاب لحديث عائشة المشهور أعنى آية الرضاع وحديث عائشة هو قالت جاء أفلح أخو ابى القعيس يستأذن على بعد أن أنزل الحجاب فابيت أن آذن له وسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انه

عمك فاذنى له فقلت يارسول الله انما ارضعتنى المرأة ولم يرضعنى الرجل فقال انه عمك فليلج عليك خرجه البخارى ومسلم ومالك فمن رأى ان ما في هذا الحديث شرع زائد على ما في الكتاب وهو قوله تعالى (وأمهاتكم اللاتى ارضعنكم واخواتكم من الرضاعة) وعلى قوله صلى الله عليه وسلم : يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة قال لبن الفحل محرم ومن رأى ان آية الرضاع وقوله يحرم من الرضاعة مايحرم من الولادة انما ورد على جهة التأصيل لحكم الرضاع اذلا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة قال ذلك الحديث ان عمل بمقتضاه أوجب أن يكون ناسخاً لهذه الاصول لان الزيادة المغيرة للحكم ناسخة مع أن عائشة لم يكن مذهبها التحريم بلبن الفحل وهي الراوية للحديث ويصعب رد الاصول المنتشرة التى بقصد بها التأصيل والبيان عند وقت الحاجة بالاحاديث النادرة وبخاصة التى تكون في عين ولذلك قال عمر رضى الله عنه فى حديث فاطمة بنت قيس : لا نترك كتاب الله لحديث امرأة

(المسئلة الثامنة) وأما الشهادة على الرضاع فان قوماً قالوا لا تقبل فيه الا شهادة امرأتين وقوم قالوا لا تقبل فيه الا شهادة أربع وبه قال الشافعى وعطاء وقوم قالوا تقبل فيه شهادة امرأة واحدة والذين قالوا تقبل فيه شهادة امرأتين منهم من اشترط فى ذلك فشو قولهما بذلك قبل الشهادة وهو مذهب مالك وابن القاسم ومنهم من لم يشترطه وهو قول مطرف وابن الماجشون والذين أجازوا أيضاً شهادة امرأة واحدة منهم من لم يشترط فشو قولها قبل الشهادة وهو مذهب أبى حنيفة ومنهم من اشترط ذلك وهى رواية عن مالك وقد روى عنه انه لا تجوز فيه شهادة أقل من اثنين ✡ والسبب في اختلافهم أما بين الاربع والاثنتين فاختلافهم في شهادة النساء هل عديل كل رجل هو امرأتان فيما ليس يمكن فيه شهادة الرجل أو يكفى في ذلك امرأتان وستأتى هذه المسئلة في كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى . وأما اختلافهم في قبول شهادة المرأة الواحدة فمخالفة الاثر الوارد في ذلك للاصل المجمع عليه أعنى انه لا يقبل من الرجال أقل من اثنين وأن حال النساء فى ذلك إما أن يكون أضعف من حال الرجال وإما أن تكون أحوالهم في ذلك مساوية للرجال والاجماع منعقد على انه لا يقضى بشهادة واحدة والامر الوارد فى ذلك هو حديث عقبة بن الحارث قال يارسول الله إنى تزوجت امرأة فاتت امرأة فقالت قد أرضعتكما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف وقد قيل دعها عنك وحمل بعضهم هذا الحديث على الندب جمعاً بينه وبين الاصول وهو أشبه وهى رواية عن مالك

(المسئلة التاسعة) واما صفة المرضعة فانهم اتفقوا على انه يحرم لبن كل امرأة بالغ وغير بالغ

واليائسة من الحيض كان لها زوج أولم يكن حاملا كانت أوغير حامل وشذبعضهم فأوجب حرمة للبن الرجل وهذا غيرموجود فضلاعن أن يكون له حكم شرعي وان وجدفليس لبنا الا باشتراك الاسم. واختلفوامن هذا الباب في لبن الميتة ✲ وسبب الخلاف هل يتناولها العموم أولا يتناولها ولالبن للميتة انوجد لها الاباشتراك الاسم ويكاد أن تكون مسئلة غيرواقعة فلا يكون لهاوجود الا في القول .

(الفصل الرابع في مانع الزنا)

واختلفوا في زواج الزانية فأجازها الجمهور ومنعها قوم ✲ وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله تعالى (والزانية لاينكحها الازان أومشرك وحرم ذلك على المؤمنين) هل خرج مخرج الذم أومخرج التحريم وهل الاشارة في قوله وحرم ذلك على المؤمنين الى الزنا أوالى النكاح وانما صار الجمهور لحمل الآية على الذم لاعلى التحريم لما جاء في الحديث ان رجلا قال للنبي صلى الله عليه وسلم في زوجته انها لاترد لامس فقال النبي عليه الصلاة والسلام: طلقها فقال له اني احبها فقال له فامسكها وقال قوم أيضا ان الزنا يفسخ النكاح بناء على هذا الاصل وبه قال الحسن. واما زواج الملاعنة من زوجها الملاعن فسنذكرها في كتاب اللعان .

﴿ الفصل الخامس في مانع العدد ﴾

واتفق المسلمون على جواز نكاح أربعة من النساء معا وذلك للاحرار من الرجال واختلفوا في موضعين في العبيد وفيما فوق الاربع أما العبيد فقال مالك في المشهور عنه يجوز له أن ينكح أربعا وبه قال أهل الظاهر وقال أبو حنيفة والشافعي لايجوز له الجمع الا بين اثنين فقط ✲ وسبب اختلافهم هل العبودية لها تأثير في اسقاط هذا العدد كما لها تأثير في اسقاط نصف الحد الواجب على الحر في الزنا وكذلك في الطلاق عند من رأى ذلك وذلك أن المسلمين اتفقوا على تنصيف حده في الزنا أعني ان حده نصف حد الحر . واختلفوا في غير ذلك واما ما فوق الاربع فان الجمهور على انه لا تجوز الخامسة لقوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع) ولما روي عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لغيلان لما أسلم وتحته عشر نسوة . أمسك اربعا وفارق سائرهن وقالت فرقة يجوز تسع ويشبه أن يكون من اجاز التسع ذهب مذهب الجمع في الآية المذكورة اعني جمع الاعداد في قوله تعالى (مثنى وثلاث ورباع) .

الفصل السادس في مانع الجمع

واتفقوا على أنه لا يجمع بين الاختين بعقد نكاح لقوله تعالى (وان تجمعوا بين الاختين) واختلفوا في الجمع بينهما بملك اليمين والفقهاء على منعه وذهبت طائفة الى اباحة ذلك ✡ وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى (وأن تجمعوا بين الاختين) لعموم الاستثناء في آخر الآية وهو قوله تعالى (الا ما ملكت ايمانكم) وذلك ان هذا الاستثناء يحتمل ان يعود لاقرب مذكور ويحتمل ان يعود لجميع ما تضمنته الآية من التحريم الا ما وقع الاجماع على انه لا تأثير له فيه فيخرج من عموم قوله تعالى (وان تجمعوا بين الاختين) ملك اليمين ويحتمل أن لا يعود الا الى اقرب مذكور فيبقى قوله وان تجمعوا بين الاختين على عمومه ولا سيما ان عللنا ذلك بعلة الاخوة او بسبب موجود فيهما. واختلف الذين قالوا بالمنع في ملك اليمين اذا كانت احداهما بنكاح والاخرى بملك اليمين فمنعه مالك وابو حنيفة واجازه الشافعي. وكذلك اتفقوا فيما اعلم على تحريم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها لثبوت ذلك عنه عليه الصلاة والسلام من حديث ابى هريرة وتواتره عنه عليه الصلاة والسلام من انه قال عليه الصلاة والسلام : لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها واتفقوا على ان العمة ههنا هي كل أنثى هي اخت لذكر له عليك ولادة اما بنفسه واما بواسطة ذكر آخر وان الخالة هي كل أنثى هي أخت لكل أنثى لها عليك ولادة اما بنفسها وأما بتوسط انثى غيرها وهن الحرات من قبل الام. واختلفوا هل هذا من باب الخاص أريد به الخاص أم هو من باب الخاص أريد به العام والذين قالوا هو من باب الخاص أريد به العام اختلفوا أى عام هو المقصود به فقال قوم وهم الاكثر وعليه الجمهور من فقهاء الامصار هو خاص أريد به الخصوص فقط وان التحريم لا يتعدى الى غير من نص عليه وقال قوم هو خاص والمراد به العموم وهو الجمع بين كل امرأتين بينهما رحم محرمة أو غير محرمة فلا يجوز الجمع عند هؤلاء بين ابنتى عم أو عمة ولا بين ابنتى خال أو خالة ولا بين المرأة وبنت عمها أو بنت عمتها ولا بينها وبين بنت خالتها وقال قوم انما يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة محرمة أعنى لو كان أحدهما ذكراً والآخر انثى لم يجز لهما ان يتناكحا ومن هؤلاء من اشترط في هذا المعنى ان يعتبر هذا من الطرفين جميعاً أعنى اذا جعل كل واحد منهما ذكراً والآخر أنثى فلم يجز لهما أن يتناكحا فهؤلاء لا يحل الجمع بينهما . واما ان جعل في أحد الطرفين ذكر يحرم التزويج ولم يحرم من الطرف الآخر فان الجمع يجوز كالحال في الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها فانه ان وضعنا البنت ذكرا لم يحل

نكاح المرأة منه لانها زوج أبيه وان جعلنا المرأة ذكرا حل لها نكاح ابنة الزوج لانها تكون ابنة لاجنبي وهذا القانون هو الذى اختاره أصحاب مالك وأولئك يمنعون الجمع بين زوج الرجل وابنته من غيرها.

(الفصل السابع فى موانع الرق)

واتفقوا على أنه يجوز للعبد ان ينكح الامة وللحرة أن تنكح العبد اذا رضيت بذلك هي وأولياؤها. واختلفوا في نكاح الحر الامة فقال قوم يجوز باطلاق وهو المشهور من مذهب ابن القاسم وقال قوم لايجوز الا بشرطين، عدم الطول، وخوف العنت وهو المشهور من مذهب مالك وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى * والسبب في اختلافهم معارضة دليل الخطاب فى قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح) الآية لعموم قوله (وأنكحوا الايامى منكم والصالحين) الآية وذلك ان مفهوم دليل الخطاب فى قوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا) الاية يقتضى أنه لايحل نكاح الامة الا بشرطين، أحدهما عدم الطول الى الحرة، والثانى خوف العنت وقوله تعالى (وأنكحوا الايامى منكم) يقتضى بعمومه انكاحهن من حر أو عبد واجدا كان الحر أو غير واجد خائفا للعنت أو غير خائف لكن دليل الخطاب أقوى ههنا والله أعلم من العموم لان هذا العموم لم يعرض فيه الى صفات الزوج المشترطة فى نكاح الاماء وانما المقصود به الامر بانكاحهن والا يجبرن على النكاح وهو أيضا محمول على الندب عند الجمهور مع ما في ذلك من ارقاق الرجل ولده. واختلفوا من هذا الباب في فرعين مشهورين أعنى الذين لم يجزوا النكاح الا بالشرطين المنصوص عليهما، احدهما اذا كانت تحته حرة هل هي طول أو ليست بطول فقال أبو حنيفة هي طول وقال غيره ليست بطول وعن مالك في ذلك القولان، والمسئلة الثانية هل يجوز لمن وجد فيه هذان الشرطان نكاح أكثر من أمة واحدة ثلاث أو أربع او ثنتان فمن قال اذا كانت تحته حرة فليس يخاف العنت لانه غير عزب قال اذا كانت تحته حرة لم يجز له نكاح الامة ومن قال خوف العنت انما يعتبر باطلاق سواء كان عزبا أو متأهلا لانه قد لاتكون الزوجة الاولى مانعة من العنت وهو لايقدر على حرة تمنعه من العنت فله أن ينكح امة لان حاله مع هذه الحرة في خوف العنت كحاله قبلها وبخاصة اذا خشى العنت من الامة التى يريد نكاحها وهذا بعينه هو السبب فى اختلافهم هل ينكح أمة ثانية على الامة الاولى اولا ينكحها وذلك ان من اعتبر خوف العنت مع كونه عزبا اذا كان

الخوف على العزب أكثر قال لا ينكح أكثر من أمة واحدة ومن اعتبره مطلقا قال ينكح أكثر من أمة واحـدة وكذلك يقول انه ينكح على الحرة واعتبـاره مطلقا فيه نظر واذا قلنا ان له ان يتزوج على الحرة أمة فتزوجها بغير اذنها فهل لها الخيار في البقاء معه أوفى فسخ النـكاح اختلف فى ذلك قول مالك .واختلفوا اذا وجد طولا بحرة هل يفارق الامة أم لا ولم يختلفوا انه اذا ارتفع عنه خوف العنت انه لا يفارقها أعنى أصحاب مالك .واتفقوا من هذا الباب على أنه لا يجوز ان تنكح المرأة من ملكته وانها اذا ملكت زوجها انفسخ النكاح .

(الفصل الثامن في مانع الكفر)

واتفقوا على أنه لا يجوز للمسلم ان ينكح الوثنية لقوله تعـالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) واختلفوا فى نكاحهـا بالملك على انه يجوز أن ينـكح الكتابية الحرة الا ماروى فى ذلك عن ابن عمر .واختلفو فى احلال الكتابية الامة بالنـكاح واتفقوا على احلالها بملك اليمين ✡ والسبب فى اختلافهم فى نكاح الوثنيات بملك اليمين معارضة عموم قوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) وعموم قوله تعالى (ولا تنـكحوا المشركات حتى يؤمن) لعموم قوله (والمحصنات من النساء إلا ماملكت أيمـانكم) وهن المسبيات وظاهر هـذا يقتضى العموم سواء كانت مشركة أو كتابية والجمهور على منعها وبالجواز قال طاوس ومجاهـد ومن الحجة لهم ماروى من نكاح المسبيات فى غزوة أو طاس اذ استأذنوه في العزل فأذن لهم وانما صار الجمهور لجواز نكاح الكتابيات الاحرار بالعقـد لان الاصـل بناء الخصوص على العموم اعنى ان قوله تعالى « والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب » هو خصوص وقوله (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) هو عموم فاستثنى الجمهور الخصوص من العموم ومن ذهب الى تحريم ذلك جعل العام ناسخاً للخاص وهو مذهب بعض الفقهاء وانمـا اختلفوا فى احلال الامة الكتابية بالنكاح لمعارضة العموم في ذلك القياس وذلك ان قياسها على الحرة يقتضى اباحة تزويجها وباقى العموم اذا استثنى منه الحرة يعارض ذلك لانه يوجب تحريمها على قول من يرى أن العموم اذا خصص بقى الباقى على عمومه فمن خصص العموم الباقى بالقياس أو لم ير الباقى من العموم المخصص عموما قال لا يجوز نكاح الامة الكتابية ومن رجح باقى العموم بعد التخصيص على القياس قال لا يجوز نكاح الامة الكتابية وهنا أيضا سبب آخر لاختلافهم وهو معارضة دليل الخطاب للقياس وذلك ان قوله تعالى (من فتياتكم

المؤمنات) يوجب أن لا يجوز نكاح الامة الغير مؤمنة بدليل الخطاب وقياسها على الحرة يوجب ذلك والقياس من كل جنس يجوز فيه النكاح بالتزويج ويجوز فيه النكاح بملك اليمين أصله المسلمات، والطائفة الثانية ان ثم لم يجز نكاح الامة المسلمة بالتزويج الا بشرط فاحرى ان لا يجوز نكاح الامة الكتابية بالتزويج وانما اتفقوا على احلالها بملك اليمين لعموم قوله تعالى (إلا ماملكت أيمانكم) ولاجماعهم على أن السبي يحل المسبية الغير متزوجة وانما اختلفوا في المتزوجة هل يهدم السبي نكاحها وان هدم فمتى يهدم فقال قوم ان سبيا معا أعنى الزوج والزوجة لم يفسخ نكاحهما وان سبي أحدهما قبل الآخر انفسخ النكاح وبه قال أبو حنيفة ، وقال قوم بل السبي يهدم سبيا معاً أو سبي أحدهما قبل الآخر وبه قال الشافعي ، وعن مالك قولان أحدهما ان السبي لا يهدم النكاح أصلا والثاني انه يهدم باطلاق مثل قول الشافعي ✡ والسبب في اختلافهم هل يهدم أو لا يهدم هو تردد المسترقين الذين امنوا من القتل بين نساء الذميين أهل العهد وبين الكافرة التي لا زوج لها أو المستاجرة من كافر واما تفريق أبي حنيفة بين ان يسبيا معا وبين ان يسبي أحدهما فلان المؤثر عنده في الاحلال هو اختلاف الدار بهما لا الرق والمؤثر في الاحلال عند غيره هو الرق وانما النظر هل هو الرق مع الزوجية أو مع عدم الزوجية والاشبه أن لا يكون للزوجية ههنا حرمة لان محل الرق وهو الكفر هو سبب الاحلال وأما تشبيهها بالذمية فبعيد لان الذمي انما أعطى الجزية بشرط أن يقر على دينه فضلا عن نكاحه.

الفصل التاسع في مانع الاحرام

واختلفوا في نكاح المحرم فقال مالك والشافعي والليث والاوزاعي وأحمد لا ينكح المحرم ولا ينكح فان فعل فالنكاح باطل وهو قول عمر بن الخطاب وعلى وابن عمر وزيد بن ثابت وقال أبو حنيفة لا بأس بذلك ✡ وسبب اختلافهم تعارض النقل في هذا الباب فمنها حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نكح ميمونة وهو محرم وهو حديث ثابت النقل خرجه أهل الصحيح وعارضه أحاديث كثيرة عن ميمونة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : تزوجها وهو حلال قال ابو عمر رويت عنها من طرق شتى من طريق أبي رافع ومن طريق سليمان بن يسار وهو مولاها وعن يزيد بن الاصم وروى مالك أيضا من حديث عثمان بن عفان مع هذا أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب فمن رجح هذه الاحاديث

على حديث ابن عباس قال لا ينكح المحرم ولا ينكح ومن رجح حديث ابن عباس أو جمع بينه وبين حديث عثمان بن عفان بأن حمل النهى الوارد في ذلك على الكراهية قال ينكح وينكح وهذا راجع الى تعارض الفعل والقول والوجه الجمع أو تغليب القول .

(الفصل العاشر في مانع المرض)

واختلفوا في نكاح المريض فقال أبو حنيفة والشافعى يجوز وقال مالك في المشهور عنه أنه لا يجوز ويتخرج ذلك من قوله أنه يفرق بينهما وان صح ويتخرج من قوله أيضا انه لا يفرق بينهما ان التفريق مستحب غير واجب ✡ وسبب اختلافهم تردد النكاح بين البيع وبين الهبة وذلك أنه لا تجوز هبة المريض الا من الثلث ويجوز بيعه ولاختلافهم ايضا سبب آخر وهو هل يتهم على إضرار الورثة بادخال وارث زائد أولايتهم . وقياس النكاح على الهبة غير صحيح لانهم اتفقوا على أن الهبة تجوز اذاحملها الثلث ولم يعتبروا النكاح هنا بالثلث ورد جواز النكاح بادخال وارث قياس مصلحى لا يجوز عند أكثر الفقهاء وكونه يوجب مصالح لم يعتبرها الشرع الا في جنس بعيد من الجنس الذى يرام فيه اثبات الحكم بالمصلحة حتى ان قوما رأوا ان القول بهذا القول شرع زائد واعمال هذا القياس يوهن ما في الشرع من التوقيف وانه لا تجوز الزيادة فيه كما لا يجوز النقصان والتوقف أيضا عن اعتبار المصالح تطرق للناس أو ينصرفوا لعدم السنن التى في ذلك الجنس الى الظلم ولنفوض أمثال هذه المصالح الى العلماء بحكمة الشرائع الفضلاء الذين لا يتهمون بالحكم بها وبخاصة اذا فهم من أهل ذلك الزمان اشتغال بظواهر الشرائع تطرقا الى الظلم ووجه عمل الفاضل العالم فى ذلك ان ينظر الى شواهد الحال فان دلت الدلائل على انه قصد بالنكاح خيرا لا يمنع النكاح وان دلت على انه قصد الاضرار بورثته منعه من ذلك كما في أشياء كثيرة من الصنائع يعرض فيها للصناع الشيء وضده مما اكتسبوا من قوة مهنتهم اذ لا يمكن ان يحد في ذلك حد مؤقت صناعى وهذا كثيرا ما يعرض في صناعة الطب وغيرها من الصنائع المختلفة .

✡(الفصل الحادى عشر في مانع العدة)✡

واتفقوا على ان النكاح لا يجوز في العدة كانت عدة حيض أو عدة حمل أو عدة أشهر . واختلفوا في من تزوج امرأة في عدتها ودخل بها فقال مالك والاوزاعى والليث يفرق بينهما ولا تحل

له أبدا . وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري يفرق بينهما واذا انقضت العدة بينهما فلا بأس في تزويجه اياها مرة ثانية ✡ وسبب اختلافهم هل قول الصاحب حجة أم ليس بحجة وذلك أن مالكا روى عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار ان عمر بن الخطاب فرق بين طليحة الاسدية وبين زوجها راشد الثقفي لما تزوجها في العدة من زوج ثان وقال أيما امرأة نكحت في عدتها فان كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الاول ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب وان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الاول ثم اعتدت من الآخر ثم لا يجتمعان أبدا قال سعيد ولها مهرها بما استحل منها وربما عضدوا هذا القياس بقياس شبه ضعيف مختلف في أصله وهو أنه ادخل في النسب شبهة فاشبه الملاعن وروى عن علي وابن مسعود مخالفة عمر في هذا والاصل انها لا تحرم الا ان يقوم على ذلك دليل من كتاب أو سنة او اجماع من الامة وفي بعض الروايات ان عمر كان قضى بتحريمها وكون المهر في بيت المال فلما ابلغ ذلك عليا انكره فرجع عن ذلك عمر وجعل الصداق على الزوج ولم يقض بتحريمها عليه رواه الثوري عن اشعث عن الشعبي عن مسروق . وأما من قال بتحريمها بالعقد فهو ضعيف وأجمعوا على انه لا توطأ حامل مسبية حتى تضع لتواتر الاخبار بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . واختلفوا ان وطىء هل يعتق عليه الولد اولا تعتق والجمهور على انه لا تعتق ✡ وسبب اختلافهم هل ماؤه مؤثر في خلقته أو غير مؤثر فان قلنا انه مؤثر كان له ابنا بجهة ما وان قلنا انه ليس بمؤثر لم يكن ذلك وروى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال كيف يستعبده وقد غذاه في سمعه وبصره . واما النظر في مانع التطليق ثلاثا فسيأتي في كتاب الطلاق .

(الفصل الثاني عشر في مانع الزوجية)

وأما مانع الزوجية فانهم اتفقوا ان الزوجية بين المسلمين مانعة وبين الذميين واختلفوا في المسبية على ما تقدم واختلفوا أيضا في الامة اذا بيعت هل يكون بيعها طلاقا فالجمهور على انه ليس بطلاق وقال قوم هو طلاق وهو مروي عن ابن عباس وجابر وابن مسعود وأبي بن كعب ✡ وسبب اختلافهم معارضة مفهوم حديث بريرة لعموم قوله تعالى (الا ما ملكت أيمانكم) وذلك أن قوله تعالى (الا ما ملكت أيمانكم) يقتضي المسبيات وغيرهن وتخيير بريرة يوجب ان لا يكون بيعها طلاقا لانه لو كان بيعها طلاقا لما خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد العتق ولكان نفس شراء عائشة لها طلاقا من زوجها والحجة للجمهور ما خرجه ابن أبي شيبة عن ابي سعيد

الخدرى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث يوم حنين سرية فاصابوا حيا من العرب يوم اوطاس فهزموهم وقتلوهم واصابوا لهم نساء لهن ازواج وكان ناس من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم تأثموا من غشيانهن من أجل ازواجهن فانزل الله عز وجل (والمحصنات من النساء الا ماملكت أيمانكم) وهذه المسئلة هي اليق بكتاب الطلاق فهذه هي جملة الاشياء المصححة للانكحة في الاسلام وهى كما قلنا راجعة الى ثلاثة اجناس ، صفة العاقد والمعقود عليها ، وصفة العقد ، وصفة الشروط في العقد . واما الانكحة التى انعقدت قبل الاسلام ثم طرأ عليها الاسلام فانهم اتفقوا على أن الاسلام اذا كان منهما معا أعنى من الزوج والزوجة وقد كان انعقد النكاح على من يصح ابتداء العقد عليها في الاسلام ان الاسلام يصحح ذلك واختلفوا في موضعين ، أحدهما اذا انعقد النكاح على أكثر من أربع أوعلى من لايجوزالجمع بينهما في الاسلام ، والموضع الثانى اذا أسلم أحدهما قبل الآخر .

(فاما المسئلة الاولى) وهي اذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة أو أسلم وعنده أختان فان مالكا قال يختار منهن أربعا ومن الاختين واحدة أيتهما شاء وبه قال الشافعى وأحمد وداود وقال أبو حنيفة والثورى وابن أبى ليلى يختار الاوائل منهن في العقد فان تزوجهن في عقد واحد فرق بينه وبينهن وقال ابن الماجشون من أصحاب مالك اذا أسلم وعنده أختان فارقهما جميعا ثم استأنف نكاح أيتهما شاء ، ولم يقل بذلك أحد من أصحاب مالك غيره * وسبب اختلافهم معارضة القياس للاثر وذلك انه ورد في ذلك أثران ، أحدهما مرسل مالك ان غيلان بن سلامة الثقفى أسلم وعنده عشر نسوة أسلمن معه فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعا ، والحديث الثانى حديث قيس بن الحارث انه أسلم على الاختين فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : اختر أيتهما شئت وأما القياس المخالف لهذا الاثر فتشبيه العقد على الاواخر قبل الاسلام بالعقد عليهن بعد الاسلام أعنى انه كما أن العقد عليهن فاسد فى الاسلام كذلك قبل الاسلام وفيه ضعف .

وأما اذا اسلم أحدهما قبل الآخر وهى المسئلة الثانية ثم أسلم الآخر فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وأبو حنيفة والشافعى انه اذا أسلمت المرأة قبله فانه ان أسلم في عدتها كان أحق بها وان أسلم هو وهى كتابية فنكاحها ثابت لما ورد في ذلك من حديث صفوان بن أمية وذلك ان زوجة عاتكة ابنة الوليد بن المغيرة أسلمت قبله ثم أسلم هو فاقره رسول الله صلى الله عليه وسلم على نكاحه قالوا وكان بين اسلام وصفوان وبين اسلام امرأته نحو من شهر قال ابن شهاب ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وزوجها كافر مقيم بدار الكفر الا فرقت هجرتها بينها وبين

زوجها مهاجرا قبل أن تنقضى عدتها . وأما اذا اسلم الزوج قبل اسلام المرأة فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك اذا اسلم الزوج قبل المرأة وقعت الفرقة اذا عرض عليها الاسلام فابت وقال الشافعى سواء أسلم الرجل قبل المرأة أو المرأة قبل الرجل اذا وقع اسلام المتأخر في العدة ثبت النكاح * وسبب اختلافهم معارضة العموم للاثر والقياس وذلك أن عموم قوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) يقتضى المفارقة على الفور ، وأما الاثر المعارض لمقتضى هذا العموم فما روى من أن أبا سفيان بن حرب أسلم قبل هند بنت عتبة امرأته وكان اسلامه بمر الظهران ثم رجع الى مكة وهند بها كافرة فأخذت بلحيته وقالت اقتلوا الشيخ الضال ثم اسلمت بعده بأيام فاستقرا على نكاحهما . وأما القياس المعارض للاثر فلانه يظهر أنه لا فرق بين أن تسلم هي قبله أو هو قبلها فان كانت العدة معتبرة في اسلامها قبل فقد يجب ان تعتبر فى اسلامه أيضا قبل.

(الباب الثالث في موجبات الخيار فى النكاح)

وموجبات الخيار أربعة ، العيوب ، والاعسار بالصداق أو بالنفقة والكسوة ، والثالث الفقد أعنى فقد الزوج ، والرابع العتق للامة المزوجة فينعقد فى هذا الباب أربعة فصول.

(الفصل الاول فى خيار العيوب)

اختلف العلماء فى موجب الخيار بالعيوب لكل واحد من الزوجين وذلك في موضعين أحدهما هل يرد بالعيوب أولا يرد ، والموضع الثانى اذا قلنا انه يرد فمن أيها يرد وما حكم ذلك . فأما الموضع الاول فان مالكا والشافعى وأصحابهما قالوا العيوب توجب الخيار في الرد أو الامساك وقال أهل الظاهر لاتوجب خيار الرد والامساك وهو قول عمر بن عبد العزيز * وسبب اختلافهم شيئان ، أحدهما هل قول الصاحب حجة والآخر قياس النكاح فى ذلك على البيع فاما قول الصاحب الوارد في ذلك فهو ماروى عن عمر بن الخطاب انه قال : ايما رجل تزوج امرأة وبها جنون أوجذام أو برص وفي بعض الروايات أو قرن فلها صداقها كاملا وذلك غرم لزوجها على وليها واما القياس على البيع فان القائلين بموجب الخيار للعيب في النكاح قالوا النكاح فى ذلك شبيه بالبيع وقال المخالفون لهم ليس شبيها بالبيع لاجتماع المسلمين على انه لا يرد النكاح بكل عيب يرد به البيع ، وأما الموضع الثانى في الرد بالعيوب فانهم اختلفوا في أى العيوب يرد بها وفي أيها لا يرد في حكم الرد فاتفق مالك والشافعى على أن الرد

يكون من أربعة عيوب ، الجنون والجذام ، والبرص ، وداء الفرج الذي يمنع الوطء اما قرن أو رتق في المرأة أو عنة في الرجل أو خصاء . واختلف أصحاب مالك في أربع في السواد والقرع وبخر الفرج وبخر الانف فقيل ترد بها وقيل لا ترد وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري لا ترد المرأة في النكاح الا بعيبين فقط القرن . والرتق فاما أحكام الرد فان القائلين بالرد اتفقوا على ان الزوج اذا علم بالعيب قبل الدخول طلق ولاشيء عليه واختلفوا ان علم بعد الدخول والمسيس فقال مالك ان كان وليها الذي زوجها ممن يظن به لقربه منها أنه عالم بالعيب مثل الاب والاخ فهو غار يرجع عليه الزوج بالصداق وليس يرجع على المرأة بشيء وان كان بعيداً رجع الزوج على المرأة بالصداق كله الا ربع دينار فقط وقال الشافعي ان دخل لزمه الصداق كله بالمسيس ولا رجوع له عليها ولا على ولي ✡ وسبب اختلافهم تردد تشبيه النكاح بالبيع أو بالنكاح الفاسد الذي وقع فيه المسيس أعني اتفاقهم على وجوب المهر في الانكحة الفاسدة بنفس المسيس لقوله عليه الصلاة والسلام : أيما امرأة نكحت بغير اذن سيدها فنكاحها باطل ولها المهر بما استحل منها فكان موضع الخلاف تردد هذا الفسخ بين حكم الرد بالعيب في البيوع وبين حكم الانكحة المفسوخة أعني بعد الدخول واتفق الذين قالوا بفسخ نكاح العنين انه لا يفسخ حتى يؤجل سنة يخلى بينه وبينها بغير عائق . واختلف أصحاب مالك في العلة التي من أجلها قصر الرد على هذه العيوب الاربعة فقيل لان ذلك شرع غير معلل وقيل لان ذلك مما يخفى ويحمل سائر العيوب على أنها مما لا تخفى وقيل لانها يخاف سرايتها الى الابناء وعلى هذا التعليل يرد بالسواد والقرع وعلى الاول يرد بكل عيب اذا علم أنه مما خفي على الزوج .

﴿ الفصل الثاني في خيار الاعسار بالصداق والنفقة ﴾

واختلفوا في الاعسار بالصدق فكان الشافعي يقول يخير اذا لم يدخل بها وبه قال مالك . واختلف أصحابه في قدر التلوم له فقيل ليس له في ذلك حد وقيل سنة وقيل سنتين وقال أبو حنيفة هو غريم من الغرماء لا يفرق بينهما ويؤخذ بالنفقة ولها ان تمنع نفسها حتى يعطيها المهر ✽ وسبب اختلافهم تغليب شبه النكاح في ذلك بالبيع أو تغليب الضرر اللاحق للمرأة في ذلك من عدم الوطء تشبيها بالايلاء والعنة . وأما الاعسار بالنفقة فقال مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور وأبو عبيد وجماعة يفرق بينهما وهو مروي عن أبي هريرة وسعيد بن المسيب وقال أبو حنيفة والثوري

لايفرق بينهما وبه قال أهل الظاهر ☆ وسبب اختلافهم تشبيه الضرر الواقع من ذلك بالضرر الواقع من العنة لان الجمهور على القول بالتطليق على العنين حتى لقد قال ابن المنذر انه اجماع وربما قالوا النفقة في مقابلة الاستمتاع بدليل أن الناشز لانفقة لها عند الجمهور فاذا لم يجد النفقة سقط الاستمتاع فوجب الخيار . وأما من لا يرى القياس فانهم قالوا قد ثبتت العصمة بالاجماع فلا تنحل الا باجماع أو بدليل من كتاب الله أو سنة فسبب اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس .

﴿ الفصل الثالث في خيار الفقد ﴾

واختلفوا في المفقود الذى تجهل حياته او موته في ارض الاسلام فقال مالك يضرب لامرأته أجل اربع سنين من يوم ترفع أمرها الى الحاكم فاذا انتهى الكشف عن حياته أو موته فجهل ذلك ضرب لها الحاكم الاجل فاذا انتهى اعتدت عدة الوفاة اربعة أشهر وعشراً وحلت قال وأما ماله فلا يورث حتى يأتى عليه من الزمان ما يعلم ان المفقود لا يعيش الى مثله غالباً فقيل سبعون وقيل ثمانون وقيل تسعون وقيل مائة فيمن غاب وهو دون هذه الاسنان وروى هذا القول عن عمر بن الخطاب وهو مروى ايضاً عن عثمان وبه قال الليث وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى لا تحل امرأة المفقود حتى يصح موته وقولهم مروى عن على وابن مسعود ❋ والسبب في اختلافهم معارضة استصحاب الحال للقياس وذلك ان استصحاب الحال يوجب أن لا تنحل عصمة الا بموت او طلاق حتى يدل الدليل على غير ذلك . وأما القياس فهو تشبيه الضرر اللاحق لها من غيبته بالايلاء والعنة فيكون لها الخيار كما يكون فى هذين والمفقودون عند المحصلين من أصحاب مالك أربعة مفقود في أرض الاسلام وقع الخلاف فيه ، ومفقود فى أرض الحرب ؛ ومفقود في حروب الاسلام أعنى فيما بينهم ومفقود في حروب الكفار والخلاف عن مالك وعن أصحابه في الثلاثة الاصناف من المفقودين كثير . فاما المفقود في بلاد الحرب فحكمه عندهم حكم الاسير لا تتزوج امرأته ولا يقسم ماله حتى يصح موته ما خلا أشهب فانه حكم له بحكم المفقود في أرض المسلمين . وأما المفقود في حروب المسلمين فقال ان حكمه حكم المقتول دون تلوم وقيل يتلوم له بحسب بعد الموضع الذى كانت فيه المعركة وقربه وأقصى الاجل في ذلك سنة . وأما المفقود في حروب الكفار ففيه في المذهب أربعة أقوال قيل حكمه حكم الاسير وقيل حكمه حكم المقتول بعد تلوم سنة الا ان يكون بموضع لا يخفى أمره فيحكم له بحكم المفقود فى حروب المسلمين وفتنهم . والقول الثالث ان حكمه حكم المفقود في بلاد المسلمين . والرابع حكمه حكم المقتول في زوجته

وحكم المفقود في ارض المسلمين في ماله اعنى يعمر وحينئذ يورث وهذه الاقاويل كلها مبناها على تجويز النظر بحسب الاصلح في الشرع وهو الذى يعرف بالقياس المرسل وبين العلماء فيه اختلاف أعنى بين القائلين بالقياس .

(الفصل الرابع فى خيار العتق)

واتفقوا على أن الامة اذا عتقت تحت عبد أن لها الخيار . واختلفوا اذا عتقت تحت الحر هل لها خيار أم لا فقال مالك والشافعى وأهل المدينة والاوزعى وأحمد والليث لاخيار لها وقال أبو حنيفة والثورى لها الخيار حراً كان أو عبداً ☆ وسبب اختلافهم تعارض النقل في حديث بريرة واحتمال العلة الموجبة للخيار أن يكون الجبر الذى كان في انكاحها باطلاق اذا كانت أمة أو الجبر على تزويجها من عبد فمن قال العلة الجبر على النكاح باطلاق قال تخير تحت الحر والعبد ومن قال الجبر على تزويج العبد فقط قال تخير تحت العبد فقط . وأما اختلاف النقل فانه روى عن ابن عباس أن زوج بريرة كان عبداً أسود وروى عن عائشة أن زوجها كان حراً وكلا النقلين ثابت عند أصحاب الحديث واختلفوا أيضا فى الوقت الذى يكون لها الخيار فيه فقال مالك والشافعى يكون لها الخيار مالم يمسها وقال أبو حنيفة خيارها على المجلس وقال الاوزاعى انما يسقط خيارها بالمسيس اذا علمت ان المسيس يسقط خيارها .

﴿ الباب الرابع في حقوق الزوجية ﴾

واتفقوا على أن من حقوق الزوجة على الزوج النفقة والكسوة لقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) الآية ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام : ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف ولقوله لهند : خذى مايكفيك وولدك بالمعروف فاما النفقة فاتفقوا على وجوبها واختلفوا فى أربعة مواضع فى وقت وجوبها ومقدارها ولمن تجب وعلى من تجب . فاما وقت وجوبها فان مالكا قال لاتجب النفقة على الزوج حتى يدخل بها أو يدعى الى الدخول بها وهي ممن توطأ وهو بالغ وقال أبو حنيفة والشافعى يلزم غير البالغ النفقة اذا كانت هي بالغا وأما اذا كان هو بالغا والزوجة صغيرة فللشافعى قولان ؛ أحدهما مثل قول مالك ، والقول الثانى ان لها النفقة باطلاق ☆ وسبب اختلافهم هل النفقة لمكان الاستمتاع أو لمكان انها محبوسة على الزوج كالغائب والمريض . وأما مقدار النفقة فذهب مالك الى

أنها غير مقدرة بالشرع وان ذلك راجع الى مايقتضيه حال الزوج وحال الزوجة وأن ذلك يختلف بحسب اختلاف الامكنة والازمنة والاحوال وبه قال أبو حنيفة وذهب الشافعي الى أنها مقدرة فعلى الموسر مدان وعلى الأوسط مدونصف وعلى المعسر مد ✡ وسبب اختلافهم تردد حمل النفقة في هذا الباب على الاطعام في الكفارة أو على الكسوة وذلك انهم اتفقوا أن الكسوة غير محددة وأن الاطعام محدود واختلفوا من هذا الباب في هل يجب على الزوج نفقة خادم الزوجة وان وجبت فكم يجب والجمهور على أن على الزوج النفقة على خادم الزوجة اذا كانت ممن لاتخدم انفسها وقيل بل على الزوجة خدمة البيت واختلف الذين أوجبوا النفقة على خادم الزوجة على كم تجب نفقته فقالت طائفة ينفق على خادم واحدة وقيل على خادمين اذا كانت المرأة ممن لايخدمها الا خادمان وبه قال مالك وأبو ثور ولست أعرف دليلا شرعيا لايجاب النفقة على الخادم الا تشبيه الاخدام بالاسكان فانهم اتفقو على ان الاسكان على الزوج للنص الوارد في وجوبه للمطلقة الرجعية . وأما لمن تجب النفقة فانهم اتفقوا على انها تجب للحرة الغير ناشز . واختلفوا في الناشز والامة فأما الناشز فالجمهور على انها لا تجب لها نفقة وشذ قوم فقالوا تجب لها النفقة . وسبب الخلاف معارضة العموم للمفهوم وذلك أن عموم قوله عليه الصلاة والسلام : ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف يقتضى أن الناشز وغير الناشز في ذلك سواء والمفهوم من أن النفقة هي في مقابلة الاستمتاع يوجب أن لانفقة للناشز . وأما الامة فاختلف فيها أصحاب مالك اختلافا كثيرا فقيل لها النفقة كالحرة وهو المشهور وقيل لانفقة لها وقيل أيضا ان كانت تأتيه فلها النفقة وان كان يأتيها فلا نفقة لها وقيل لها النفقة في الوقت الذى لم تأتيه وقيل أن كان الزوج حرا فعليه النفقة وان كان عبداً فلا نفقة عليه ✡ وسبب اختلافهم معارضة العموم للقياس وذلك ان العموم يقتضى لها وجوب النفقة والقياس يقتضى أن لانفقة لها الا على سيدها الذى يستخدمها أو تكون النفقة بينهما لان كل واحد منهما ينتفع بها ضربا من الانتفاع ولذلك قال قوم عليه النفقة في اليوم الذى تأتيه وقال ابن حبيب يحكم على مولى الامة المزوجة أن تأتى زوجها فى كل اربعة أيام . وأما على من تجب فاتفقوا أيضا أنها تجب على الزوج الحر الحاضر واختلفوا في العبد والغائب فاما العبد فقال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم ان على العبد نفقة زوجته وقال ابو المصعب من أصحاب مالك لانفقة عليه ✡ وسبب الخلاف معارضة العموم لكون العبد محجورا عليه في ماله . وأما الغائب فالجمهور على وجوب النفقة عليه وقال أبو حنيفة لاتجب الا بايجاب السلطان وانما اختلفوا

فيمن القول قوله اذا اختلفوا في الانفاق وسيأتى ذلك في كتاب الاحكام ان شاء الله وكذلك اتفقوا على أن من حقوق الزوجات العدل بينهن فى القسم لما ثبت من قسمه صلى الله عليه وسلم بين أزواجه ولقوله عليه الصلاة والسلام : اذا كانت للرجل امرأتان فمال الى احداهما جاءيوم القيامة وأحد شقيه مائل ولما ثبت أنه عليه الصلاة والسلام : كان اذا أراد السفر أقرع بينهن واختلفوا في مقام الزوج عند البكر والثيب وهل يحتسب به أولا يحتسب اذا كانت له زوجة أخرى فقال مالك والشافعى وأصحابهما يقيم عند البكر سبعاً وعند الثيب ثلاثا ولا يحتسب ان كان له امرأة أخرى بأيام التى تزوج ، وقال أبو حنيفة الاقامة عندهن سواء بكراً كانت أو ثيباً ويحتسب بالاقامة عندها ان كانت له زوجة أخرى ٭ وسبب اختلافهم معارضة حديث أنس لحديث أم سلمة وحديث أنس هو أن النبي صلى الله عليه وسلم كان : اذا تزوج البكر أقام عندها سبعاً واذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثاً وحديث أم سلمة هو أن النبى صلى الله عليه وسلم تزوجها فاصبحت عنده فقال ليس بك على أهلك هو ان إن شئت سبعت عندك وسبعت عندهن وان شئت ثلثت عندك ودرت فقالت ثلث وحديث أم سلمة هو مدنى متفق عليه خرجه مالك والبخارى ومسلم وحديث أنس حديث بصرى خرجه أبو داود فصار أهل المدينة الى ما خرجه أهل البصرة وصار أهل الكوفة الى ما خرجه أهل المدينة واختلف أصحاب مالك في هذا مقامه عند البكر سبعا وعند الثيب ثلاثا واجب أو مستحب فقال ابن القاسم هو واجب وقال ابن عبد الحكم مستحب ٭ وسبب الخلاف حمل فعله عليه الصلاة والسلام على الندب أو على الوجوب . وأما حقوق الزوج على الزوجة بالرضاع وخدمة البيت على اختلاف بينهم في ذلك وذلك أن قوما أوجبوا عليها الرضاع على الاطلاق وقوما لم يوجبوا ذلك عليها باطلاق وقوم أوجبوا ذلك على الدنيئة ولم يوجبوا ذلك على الشريفة الا ان يكون الطفل لا يقبل إلا ثديها وهو مشهور قول مالك ٭ وسبب اختلافهم هل آية الرضاع متضمنة حكم الرضاع أعنى ايجابه أو متضمنة أمره فقط فمن قال أمره قال لا يجب عليها الرضاع اذ لا دليل هنا على الوجوب ومن قال تتضمن الامر بالرضاع وايجابه وأنها من الاخبار التى مفهومها مفهوم الامر قال يجب عليها الارضاع . وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر في ذلك العرف والعادة . واما المطلقة فلا رضاع عليها الا ان لا يقبل ثدى غيرها فعليها الارضاع وعلى الزوج اجر الرضاع هذا اجماع لقوله سبحانه (فان ارضعن لكم فآتوهن أجورهن).

(الباب الخامس في الانكحة المنهى عنها بالشرع والانكحة الفاسدة وحكمها)

الانكحة التي ورد النهى فيها مصرحا أربعة ، نكاح الشغار . ونكاح المتعة . والخطبة على خطبة أخيه . ونكاح المحلل . فاما نكاح الشغار فانهم اتفقوا على ان صفته هو ان ينكح الرجل وليته رجلا آخر على ان ينكحه الآخر وليته ولا صداق بينهما الا بضع هذه ببضع الاخرى واتفقوا على انه نكاح غير جائز لثبوت النهى عنه ✡ واختلفوا اذا وقع هل يصحح بمهر المثل ام لا فقال مالك لايصحح ويفسخ أبداً قبل الدخول وبعده وبه قال الشافعى الا انه قال إن سمى لاحداهما صداقا أو لهما معا فالنكاح ثابت بمهر المثل والمهر الذى سمياه فاسد وقال أبو حنيفة نكاح الشغار يصح بفرض صداق المثل وبه قال الليث وأحمد واسحق وأبو ثور والطبرى ✡ وسبب اختلافهم هل النهى المعلق بذلك معلل بعدم العوض أو غير معلل فان قلنا غير معلل لزم الفسخ على الاطلاق وان قلنا العلة عدم الصداق صح بفرض صداق المثل مثل العقد على خمر أو على خنزير وقد أجمعوا على ان النكاح المنعقد على الخمر والخنزير لايفسخ اذا فات بالدخول ويكون فيه مهر المثل وكأن مالكا رضى الله عنه رأى ان الصداق وان لم يكن من شرط صحة العقد ففساد العقد ههنا من قبل فساد الصداق مخصوص لتعلق النهى به أو رأى أن النهى انما يتعلق بنفس تعيين العقد والنهى يدل على فساد المنهى .

(وأما نكاح المتعة) فانه تواترت الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بتحريمه الا أنها اختلفت في الوقت الذى وقع فيه التحريم ففى بعض الروايات انه حرمها يوم خيبر وفي بعضها يوم الفتح وفي بعضها في غزوة تبوك وفي بعضها في حجة الوداع وفي بعضها في عمرة القضاء وفي بعضها عام أوطاس وأكثر الصحابة وجميع فقهاء الامصار على تحريمها واشتهر عن ابن عباس تحليلها وتبع ابن عباس على القول بها أصحابه من أهل مكة وأهل اليمن ورووا ان ابن عباس كان يحتج لذلك بقوله تعالى (فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم) وفي حرف عنه الى أجل مسمى وروى عنه أنه قال : ما كانت المتعة الا رحمة من الله رحم بها أمة محمد ولولا نهى محمد عنها ما اضطر الى الزنا الا شقى وهذا الذى روى عن ابن عباس رواه عنه ابن جريج وعمرو بن دينار وعن عطاء قال سمعت جابر بن عبد الله يقول : تمتعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر ونصفاً من خلافة عمر ثم نهى عنها عمر الناس.

(وأما اختلافهم في النكاح الذى تقع فيه الخطبة على خطبة غيره) فقد تقدم ان فيه

ثلاثة أقوال ،قول بالفسخ وقول بعدم الفسخ وفرق بين ان ترد الخطبة على خطبة الغير بعد الركون والقرب من التمام أو لا ترد وهو مذهب مالك.

وأما نكاح المحلل أعني الذي يقصد بنكاحه تحليل المطلقة ثلاثا فان مالكا قال هو نكاح مفسوخ وقال أبو حنيفة والشافعي هو نكاح صحيح * وسبب اختلافهم اختلافهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : لعن الله المحلل فمن فهم من اللعن التأثيم فقط قال النكاح صحيح ومن فهم من التأثيم فساد العقد تشبيها بالنهي الذي يدل على فساد المنهي عنه قال النكاح فاسد فهذه هي الانكحة الفاسدة بالنهي . وأما الانكحة الفاسدة بمفهوم الشرع فانها تفسد إما باسقاط شرط من شروط صحة النكاح أو لتغيير حكم واجب بالشرع من أحكامه مما هو عن الله عز وجل وأما بزيادة تعود الى ابطال شرط من شروط الصحة . وأما الزيادات التي تعرض من هـذا المعنى فانها لا تفسد النكاح باتفاق وانما اختلف العلماء في لزوم الشروط التي بهذه الصفة أو لا لزومها مثل ان يشترط عليه أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو لا ينقلها من بلدها فقال مالك ان اشترط ذلك لم يلزمه الا أن يكون في ذلك يمين بعتق أو طلاق فان ذلك يلزمه الا ان يطلق أو يعتق من أقسم عليه فلا يلزم الشرط الاول أيضا وكذلك قال الشافعي وأبو حنيفة وقال الاوزاعي وابن شبرمة لها شرطها أو عليه الوفاء وقال ابن شهاب كان من أدركت من العلماء يقضون بها وقول الجماعة مروى عن علي وقول الاوزاعي مروى عن عمر * وسبب اختـلافهم معارضة العموم للخصوص فاما العموم فحديث عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم خطب النـاس فقال في خطبته كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط . واما الخصوص فحديث عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : أحق الشروط ان يوفي به ما استحللتم به الفروج والحديثان صحيحان خرجهما البخاري ومسلم الا ان المشهور عند الاصوليين القضاء بالخصوص على العموم وهو لزوم الشروط وهو ظاهر ما وقع في العتبية وان كان المشهور خلاف ذلك واما الشروط المقيدة بوضع من الصداق فانه قد اختلف فيها المذهب اختلافا كثيرا أعني في لزومها أو عدم لزومها وليس كتابنا هذا موضوعا على الفروع .

(واما حكم الانكحة الفاسدة اذا وقعت) فمنها ما اتفقوا على فسخه قبل الدخول وبعده وهو ما كان منها فاسدا باسقاط شرط متفق على وجوب صحة النكاح بوجوده مثل ان ينكح محرمة العين ومنها ما اختلفوا فيه بحسب اختلافهم في ضعف علة الفساد وقوتها ولماذا يرجع من الاخلال بشروط الصحة ومالك في هذا الجنس وذلك في الاكثر يفسخه قبل الدخول ويثبته بعده والاصل عنده فيه أن لا فسخ ولكنه يحتاط بمنزلة ما يرى في كثير

من البيع الفاسد انه يفوت بحوالة الاسواق وغير ذلك ويشبه ان تكون هذه عنده هي الانكحة المكروهة والا فلا وجه للفرق بين الدخول وعدم الدخول والاضطراب في المذهب في هذا الباب كثير وكان هذا راجع عنده الى قوة دليل الفسخ وضعفه فتى كان الدليل عنده قويا فسخ قبله وبعده ومتى كان ضعيفا فسخ قبل ولم يفسخ بعد وسواء كان الدليل القوى متفقا عليه اومختلفا فيه ومن قبل هذا أيضا اختلف المذهب في وقوع الميراث في الانكحة الفاسدة اذا وقع الموت قبل الفسخ وكذلك وقوع الطلاق فيه فمرة اعتبر فيه الاختلاف والاتفاق ومرة اعتبر فيه الفسخ بعد الدخول وعدمه وقد نرى ان نقطع ههنا القول فى هذا الكتاب فان ماذكرنامنه فيه كفاية بحسب غرضنا المقصود .

(كتاب الطلاق)

والكلام فى هذا الباب ينحصر فى أربع جمل ، الجملة الاولى في أنواع الطلاق الجملة الثانية في أركان الطلاق ، الجملة الثالثة في الرجعة ؛ الجملة الرابعة في أحكام المطلقات .

(الجملة الاولى) وفي هذه الجملة خمسة أبواب ، الباب الاول في معرفة الطلاق البائن والرجعى ، الباب الثانى في معرفة الطلاق السنى من البدعى . الباب الثالث في الخلع . الباب الرابع في تمييز الطلاق من الفسخ . الباب الخامس في التخيير والتمليك .

(الباب الأول) واتفقوا على أن الطلاق نوعان بائن ورجعى وأن الرجعى هو الذى يملك فيه الزوج رجعتها من غير اختيارها وأن من شرطه ان يكون في مدخول بها وانما اتفقوا على هذا لقوله تعالى « يأيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة » الى قوله تعالى (لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً) وللحديث الثابت أيضاً من حديث ابن عمر انه صلى الله عليه وسلم أمره ان يراجع زوجته لما طلقها حائضا ولا خلاف في هذا. وأما الطلاق البائن فانهم اتفقوا على ان البينونة انما توجد للطلاق من قبل عدم الدخول ومن قبل عدد التطليقات ومن قبل العوض في الخلع على اختلاف بينهم هل الخلع طلاق أو فسخ على ماسيأتى بعد واتفقوا على ان العدد الذى يوجب

البينونة في طلاق الحر ثلاث تطليقات اذا وقعت مفترقات لقوله تعالى (الطلاق مرتان) الآية واختلفوا اذا وقعت ثلاثا في اللفظ دون الفعل وكذلك اتفق الجمهور على ان الرق مؤثر في اسقاط أعداد الطلاق وان الذى يوجب البينونة في الرق اثنتان واختلفوا هل هذا معتبر برق الزوج أو برق الزوجة أم برق من رق منهما ففى هذ الباب اذن ثلاث مسائل .

(المسئلة الاولى) جمهور فقهاء الامصار على أن الطلاق بلفظ الثلاث حكمه حكم الطلقة الثالثة وقال أهل الظاهر وجماعة حكمه حكم الواحدة ولا تأثير للفظ في ذلك وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى (الطلاق مرتان) الى قوله فى الثالثة (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) والمطلق بلفظ الثلاث مطلق واحدة لا مطلق ثلاث واحتجوا أيضاً بما خرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس قال : كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة فامضاه عليهم عمر واحتجوا أيضا بما رواه ابن اسحق عن عكرمة عن ابن عباس قال طلق ركانة زوجه ثلاثا فى مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديداً فسأله رسول الله صلى الله عليه وسلم كيف طلقتها قال طلقتها ثلاثا في مجلس واحد قال انما تلك طلقة واحدة فارتجعها وقد احتج من انتصر لقول الجمهور بأن حديث ابن عباس الواقع في الصحيحين انما رواه عنه من أصحابه طاوس وان جلة أصحابه رووا عنه لزوم الثلاث منهم سعيد بن جبير ومجاهد وعطاء وعمرو بن دينار وجماعة غيرهم وان حديث ابن اسحق وهم وانما روى الثقات أنه طلق ركانة زوجه البتة لا ثلاثا ✡ وسبب الخلاف هل الحكم الذى جعله الشرع من البينونة للطلقة الثالثة يقع بالزام المكلف نفسه هذا الحكم في طلقة واحدة أم ليس يقع ولا يلزم من ذلك الا ما الزم الشرع فمن شبه الطلاق بالافعال التى يشترط في صحة وقوعها كون الشروط الشرعية فيها كالنكاح والبيوع قال لا يلزم ومن شبهه بالنذور والايمان التى ما التزم العبد منها لزمه على أى صفة كان ألزم الطلاق كيف ألزمه المطلق نفسه وكان الجمهور غلبوا حكم التغليظ في الطلاق سدا للذريعة ولكن تبطل بذلك الرخصة الشرعية والرفق المقصود في ذلك أعنى في قوله تعالى (لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً) .

(المسئلة الثانية) وأما اختلافهم فى اعتبار نقص عدد الطلاق البائن بالرق فنهم من قال المعتبر فيه الرجال فاذا كان الزوج عبداً كان طلاقه البائن الطلقة الثانية سواء كانت الزوجة حرة أو أمة وبهذا قال مالك والشافعى ومن الصحابة

عثمان بن عفان. وزيد بن ثابت وابن عباس وان كان اختلف عنه في ذلك لكن الاشهر عنه هو هذا القول ومنهم من قال ان الاعتبار في ذلك هو بالنساء فاذا كانت الزوجة أمة كان طلاقها البائن الطلقة الثانية سواء كان الزوج عبداً أو حراً وممن قال بهذا القول من الصحابة علي وابن مسعود ومن فقهاء الامصار أبو حنيفة وغيره وفي المسئلة قول أشذ من هذين وهو أن الطلاق يعتبر برق من رق منهما قال ذلك عثمان البتي وغيره وروى عن ابن عمر ✽ وسبب هذا الاختلاف هل المؤثر في هذا هو رق المرأة أو رق الرجل فمن قال التأثير في هذا لمن بيده الطلاق قال يعتبر بالرجال ومن قال التأثير في هذا للذي يقع عليه الطلاق قال هو حكم من أحكام المطلقة فشبهوها بالعدة وقد أجمعوا على أن العدة بالنساء أي نقصانها تابع لرق النساء واحتج الفريق الاول بما روى عن ابن عباس مرفوعا الى النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال: الطلاق بالرجال والعدة بالنساء الا انه حديث لم يثبت في الصحاح. وأما من اعتبر من رق منهما فانه جعل سبب ذلك هو الرق مطلقا ولم يجعل سبب ذلك لا الذكورية ولا الانوثية مع الرق.

(المسئلة الثالثة) . وأما كون الرق مؤثرا في نقصان عدد الطلاق فانه حكى قوم أنه اجماع وأبو محمد بن حزم وجماعة من أهل الظاهر مخالفون فيه ويرون أن الحر والعبد في هذا سواء ✡ وسبب الخلاف معارضة الظاهر في هذا للقياس وذلك ان الجمهور صاروا الى هذا لمكان قياس طلاق العبد والامة على حدودهما وقد أجمعوا على كون الرق مؤثرا في نقصان الحد. وأما أهل الظاهر فلما كان الاصل عندهم أن حكم العبد في التكاليف حكم الحر الا ما أخرجه الدليل والدليل عندهم هو نص أو ظاهر من الكتاب أو السنة ولم يكن هنا دليل مسموع صحيح وجب أن يبقى العبد على أصله ويشبه ان يكون قياس الطلاق على الحد غير سديد لان المقصود بنقصان الحد رخصة للعبد لمكان نقصه وان الفاحشة ليست تقبح منه قبحها من الحر. وأما نقصان الطلاق فهو من باب التغليظ لان وقوع التحريم على الانسان بتطليقتين أغلظ من وقوعه بثلاث لما عسى أن يقع في ذلك من الندم والشرع انما سلك في ذلك سبيل الوسط وذلك أنه لو كانت الرجعة دائمة بين الزوجة لعنت المرأة وشقيت ولو كانت البينونة واقعة في الطلقة الواحدة لعنت الزوج من قبل الندم وكان ذلك عسرا عليه فجمع الله بهذه الشريعة بين المصلحتين ولذلك ما يرى والله أعلم أن من ألزم الطلاق الثلاث في واحدة فقد رفع الحكمة الموجودة في هذه السنة المشروعة.

﴿ الباب الثانى ﴾

أجمع العلماء على أن المطلق للسنة في المدخول بها هو الذى يطلق امرأته في طهر لم يمسها فيه طلقة واحدة وأن المطلق في الحيض أو الطهر الذى مسها فيه غير مطلق للسنة وانما أجمعوا على هذا لما ثبت من حديث ابن عمر انه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام : مره فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسك وان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التى أمر الله ان تطلق لها النساء، واختلفوا من هذا الباب في ثلاثة مواضع، الموضع الاول هل من شرطه أن لا يتبعها طلاقا في العدة؛ والثانى هل المطلق ثلاثا أعنى بلفظ الثلاث مطلق للسنة أم لا، والثالث في حكم من طلق في وقت الحيض.

(أما الموضع الاول) فانه اختلف فيه مالك وأبو حنيفة ومن تبعهما فقال مالك من شرطها أن لا يتبعها فى العدة طلاقا آخر وقال أبو حنيفة ان طلقها عند كل طهر طلقة واحدة كان مطلقا للسنة * وسبب هذا الاختلاف هل من شرط هذا الطلاق ان يكون فى حال الزوجية بعد أم ليس من شرطه فمن قال هو من شرطه قال لا يتبعها فيه طلاقا ومن قال ليس من شرطه اتبعها الطلاق ولا خلاف بينهم في وقوع الطلاق المتبع .

(وأما الموضع الثانى) فان مالكا ذهب الى ان المطلق ثلاثا بلفظ واحد مطلق لغير سنة وذهب الشافعى الى انه مطلق للسنة ☆ وسبب الخلاف معارضة اقراره عليه الصلاة والسلام للمطلق بين يديه ثلاثا في لفظة واحدة لمفهوم الكتاب في حكم الطلقة الثالثة والحديث الذى احتج به الشافعى هو ما ثبت من أن العجلانى طلق زوجه ثلاثا بحضرة رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد الفراغ من الملاعنة قال فلو كان بدعة لما أقره رسول الله صلى الله عليه وسلم . وأما مالك فلما رأى أن المطلق بلفظ الثلاث رافع للرخصة التى جعلها الله في العدد قال فيه انه ليس للسنة واعتذر أصحابه عن الحديث بان المتلاعنين عنده قد وقعت الفرقة بينهما من قبل التلاعن نفسه فوقع الطلاق على غير محله فلم يتصف لا بسنة ولا ببدعة وقول مالك والله أعلم أظهر ههنا من قول الشافعى .

(وأما الموضع الثالث) في حكم من طلق في وقت الحيض فان الناس اختلفوا من ذلك في مواضع منها ان الجمهور قالوا يمضى طلاقه وقالت فرقة لا ينفذ ولا يقع والذين قالوا ينفذ قالوا يؤمر بالرجعة وهؤلاء افترقوا فرقتين فقوم رأوا ان ذلك واجب ، وانه يجبر على ذلك وبه قال مالك وأصحابه وقالت فرقة بل يندب الى

ذلك ولا يجبر وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد والذين أوجبوا الاجبار اختلفوا في الزمان الذي يقع فيه الاجبار فقال مالك وأكثر أصحابه ابن القاسم وغيره يجبر مالم تنقض عدتها وقال أشهب لا يجبر الا في الحيضة الاولى والذين قالوا بالامر بالرجعة اختلفوا متى يوقع الطلاق بعد الرجعة ان شاء فقوم اشترطوا في الرجعة ان يمسكها حتى تطهر من تلك الحيضة ثم تحيض ثم تطهر ثم ان شاء طلقها وان شاء أمسكها وبه قال مالك والشافعي وجماعة وقوم قالوا بل يراجعها فاذا طهرت من تلك الحيضة التي طلقها فيها فان شاء أمسك وان شاء طلق وبه قال أبو حنيفة والكوفيون وكل من اشترط في طلاق السنة ان يطلقها في طهر لم يمسها فيه لم ير الامر بالرجعة اذا طلقها في طهر مسها فيه فهنا اذاً أربع مسائل، أحدها هل يقع هذا الطلاق أم لا ؟ والثانية ان وقع فهل يجبر على الرجعة أم يؤمر فقط ؛ والثالثة متى يوقع الطلاق بعد الاجبار أو الندب ، والرابعة متى يقع الاجبار .

﴿اما المسئلة الاولى﴾ فان الجمهور انما صاروا الى ان الطلاق ان وقع في الحيض اعتد به وكان طلاقا لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر : مره فليراجعها قالوا والرجعة لا تكون الا بعد طلاق وروى الشافعي عن مسلم بن خالد عن ابن جريج انهم أرسلوا الى نافع يسألونه هل حسبت تطليقة ابن عمر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم وروى انه الذي كان يفتي به ابن عمر . وأما من لم ير هذا الطلاق واقعاً فانه اعتمد عموم قوله صلى الله عليه وسلم : كل فعل أو عمل ليس عليه أمرنا فهو رد وقالوا أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برده يشعر بعدم نفوذه ووقوعه وبالجملة ، فسبب الاختلاف هل الشروط التي اشترطها الشرع في الطلاق السني هي شروط صحة وإجزاء أم شروط كمال وتمام فمن قال شروط إجزاء قال لا يقع الطلاق الذي عدم هذه الصفة ومن قال شروط كمال وتمام قال يقع ويندب الى ان يقع كاملا ولذلك من قال بوقوع الطلاق وجبره على الرجعة فقد تناقض فتدبر ذلك .

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ وهي هل يجبر على الرجعة أولا يجبر فمن اعتمد ظاهر الامر وهو الوجوب على ما هو عليه عند الجمهور قال يجبر ومن لحظ هذا المعنى الذي قلناه من كون الطلاق واقعا قال هذا الامر هو على الندب .

﴿وأما المسئلة الثالثة﴾ وهي متى يوقع الطلاق بعد الاجبار فان من اشترط في ذلك أن يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فانما صار لذلك لانه المنصوص عليه في حديث ابن عمر المتقدم قالوا والمعنى في ذلك لتصح الرجعة بالوطء في الطهر الذي بعد الحيض لانه لو طلقها في الطهر الذي بعد الحيضة لم يكن عليها من الطلاق الآخر عدة لانه كان يكون كالمطلق قبل الدخول وبالجملة فقالوا ان من شرط الرجعة

وجود زمان يصح فيه الوطء وعلى هذا التعليل يكون من شروط طلاق السنة ان يطلقها في طهر لم يطلق في الحيضة التى قبله وهو أحد الشروط المشترطة عند مالك في طلاق السنة فيما ذكره عبد الوهاب . وأما الذين لم يشترطوا ذلك فانهم صاروا الى ماروى يونس بن جبير وسعيد بن جبير وابن سيرين ومن تابعهم عن ابن عمر في هذا الحديث انه قال يراجعها فاذا طهرت طلقها ان شاء وقالوا المعنى في ذلك أنه انما أمر بالرجوع عقوبة له لانه طلق في زمان كره له فيه الطلاق فاذا ذهب ذلك الزمان وقع منه الطلاق على وجه غير مكروه * فسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذه المسئلة وتعارض مفهوم العلة .

(وأما المسئلة الرابعة) وهي متى يجبر فانما ذهب مالك الى أنه يجبر على رجعتها طول زمان العدة لانه الزمان الذى له فيه ارتجاعها وأما أشهب فانه انما صار في هذا الى ظاهر الحديث لان فيه مرة فليراجعها حتى تطهر فدل ذلك على أن المراجعة كانت في الحيضة وأيضا فانه قال انما أمر بمراجعتها لئلا تطول عليها العدة فانه اذا وقع الطلاق في الحيضة لم تعتد بها باجماع فان قلنا انه يراجعها في غير الحيضة كان ذلك عليها أطول وعلى هذا التعليل فينبغي ان يجوز ايقاع الطلاق في الطهر الذى بعد الحيضة * فسبب الاختلاف هو سبب اختلافهم في علة الامر بالرد .

(الباب الثالث فى الخلع)

واسم الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تؤول الى معنى واحد وهو بذل المرأة العوض على طلاقها الا ان اسم الخلع يختص ببذلها له جميع ماأعطاها والصلح ببعضه والفدية باكثره والمبارأة باسقاطها عنه حقا لها عليه على مازعم الفقهاء والكلام ينحصر في أصول هذا النوع من الفراق في أربعة فصول . في جواز وقوعه أولا ثم ثانيا فى شروط وقوعه أعنى جواز وقوعه ثم ثالثا في نوعه أعنى هل هو طلاق او فسخ . ثم رابعا فيما يلحقه من الاحكام .

(الفصل الاول)

فأما جواز وقوعه فعليه أكثر العلماء والاصل في ذلك الكتاب والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » وأما السنة فحديث ابن عباس ان امرأة ثابت بن قيس أتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ثابت بن قيس لاأعيب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر بعد الدخول

في الاسلام فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته قالت نعم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أقبل الحديقة وطلقها طلقة واحدة خرجه بهذا اللفظ البخارى وأبو داود والنسائى وهو حديث متفق على صحته وشذ أبو بكر ابن عبد الله المزنى عن الجمهور فقال لايحل للزوج ان يأخذ من زوجته شيئا واستدل على ذلك بأنه زعم ان قوله تعالى (فلاجناح عليهما فيما افتدت به) منسوخ بقوله تعالى (وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلاتأخذوا منه شيئاً) الآية والجمهور على أن معنى ذلك بغير رضاها واما برضاها فجائز ✡ فسبب الخلاف حمل هذا اللفظ على عمومه أو على خصوصه .

(الفصل الثانى)

فاما شروط جوازه فمنها مايرجع الى القدر الذى يجوز فيه ومنها مايرجع الى صفة الشيء الذى يجوز به ، ومنها مايرجع الى الحال التى يجوز فيها ، ومنها مايرجع الى صفة من يجوز له الخلع من النساء أو من أوليائهن ممن لاتملك أمرها ففى هذا الفصل أربع مسائل .

﴿ المسئلة الاولى ﴾ أما مقدار مايجوز ان تختلع به فان مالكا والشافعى وجماعة قالوا جائز ان تختلع المرأة باكثر مما يصير لها من الزوج فى صداقها اذا كان النشوز من قبلها وبمثله وبأقل منه وقال قائلون ليس له ان ياخذ أكثر مما أعطاها على ظاهر حديث ثابت فمن شبهه بسائر الاعواض فى المعاملات رأى أن القدر فيه راجع الى الرضا ومن أخذ بظاهر الحديث لم يجز أكثر من ذلك وكانه رآه من باب أخذ المال بغير حق .

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وأما صفة العوض فان الشافعى وأبا حنيفة يشترطان فيه ان يكون معلوم الصفة ومعلوم الوجود ومالك يجيز فيه المجهول الوجود والقدر والمعلوم مثل الآبق والشارد والثمرة التى لم يبد صلاحها والعبد غير الموصوف وحكى عن أبى حنيفة جواز الغرر ومنع المعدوم ✡ وسبب الخلاف تردد العوض هنا بين العوض فى البيوع أوالاشياء الموهوبة والموصى بها فمن شبهها بالبيوع اشترط فيه مايشترط فى البيوع وفى اعواض البيوع ومن شبهه بالهبات لم يشترط ذلك واختلفوا اذا وقع الخلع بما لايحل كالخمر والخنزير هل يجب لها عوض أم لا بعد اتفاقهم على ان الطلاق يقع فقال مالك لاتستحق عوضا وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى يجب لها مهر المثل .

(المسئلة الثالثة) وأما مايرجع الى الحال التي يجوز فيها الخلع من التى لايجوز فان الجمهور على أن الخلع جائز مع التراضى اذا لم يكن سبب رضاها بما تعطيه اضرار بها والاصل في ذلك قوله تعالى (ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة) وقوله تعالى (فان خفتم أن لايقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) وشذ أبو قلابة والحسن البصرى فقالا لايحل للرجل الخلع عليها حتى يشاهدها تزنى وحملوا الفاحشة في الآية على الزنا وقال داود لايجوز الابشرط الخوف أن لايقيما حدود الله على ظاهر الآية وشذ النعمان فقال يجوز الخلع مع الاضرار والفقه ان الفداء انما جعل للمرأة في مقابلة مابيد الرجل من الطلاق فانه لما جعل الطلاق بيد الرجل اذا فرك المرأة جعل الخلع بيد المرأة اذا فركت الرجل فيتحصل في الخلع خمسة أقوال. قول انه لايجوز أصلا وقول انه يجوز على كل حال أى مع الضرر. وقول انه لايجوز الامع مشاهدة الزنا. وقول مع خوف أن لايقيما حدود الله. وقول انه يجوز في كل حال الامع الضرر وهو المشهور.

(المسئلة الرابعة) واما من يجوز له الخلع ممن لايجوز فانه لاخلاف عند الجمهور ان الرشيدة تخالع عن نفسها وان الامة لاتخالع عن نفسها الا برضا سيدها وكذلك السفيهة مع وليها عند من يرى الحجر وقال مالك يخالع الاب على ابنته الصغيرة كما ينكحها وكذلك على ابنه الصغير لانه عنده يطلق عليه والخلاف في الابن الصغير قال الشافعى وأبو حنيفة لايجوز لانه لايطلق عليه عندهم والله أعلم وخلع المريضة يجوز عند مالك اذا كان بقدر ميراثه منها وروى ابن نافع عن مالك انه يجوز خلعها بالثلث كله وقال الشافعى لو اختلعت بقدر مهر مثلها جاز وكان من رأس المال وان زاد على ذلك كانت الزيادة من الثلث. وأما المهملة التى لاوصى لها ولا أب فقال ابن القاسم يجوز خلعها اذا كان خلع مثلها والجمهور على انه يجوز خلع المالكة لنفسها وشذ الحسن وابن سيرين فقالا لايجوز الخلع الا باذن السلطان.

الفصل الثالث

واما نوع الخلع فجمهور العلماء على انه طلاق وبه قال مالك وأبو حنيفة سوى بين الطلاق والفسخ وقال الشافعى هو فسخ و به قال أحمد وداود ومن الصحابة ابن عباس وقد روى عن الشافعى انه كناية فان أراد به الطلاق كان طلاقا والا كان فسخا وقد قيل عنه في قوله الجديد انه طلاق وفائدة الفرق هل يعتد به في التطليقات أم لا وجمهور من رأى أنه طلاق يجعله بائنا لانه لو كان للزوج في العدة منه الرجعة

عليها لم يكن لافتدائها معنى وقال أبو ثور ان لم يكن بلفظ الطلاق يكن له عليها رجعة وان كان بلفظ الطلاق كان له عليها الرجعة. احتج من جعله طلاقا بان الفسوخ انما هي التى تقتضى الفرقة الغالبة للزوج في الفراق مما ليس يرجع الى اختياره وهذا راجع الى الاختيار فليس بفسخ. واحتج من لم يره طلاقا بان الله تبارك وتعالى ذكر في كتابه الطلاق فقال (الطلاق مرتان) ثم ذكر الافتداء ثم قال (فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) فلو كان الافتداء طلاقا لكان الطلاق الذى لا تحل له فيه الا بعد زوج هو الطلاق الرابع وعند هؤلاء أن الفسوخ تقع بالتراضى قياسا على فسوخ البيع أعنى الا قالة وعند المخالف ان الاية انما تضمنت حكم الافتداء على انه شيء يلحق جميع أنواع الطلاق لانه شيء غير الطلاق ☆ فسبب الخلاف هل اقتران العوض بهذه الفرقة يخرجها من نوع فرقة الطلاق الى نوع فرقة الفسخ أم ليس يخرجها .

(الفصل الرابع)

وأما لو احقه ففروع كثيرة لكن نذكر منها ماشهر . فمنها هل يرتدف على المختلعة طلاق أم لا فقال مالك لا يرتدف الا ان كان الكلام متصلا وقال الشافعى لا يرتدف وان كان الكلام متصلا وقال أبو حنيفة يرتدف ولم يفرق بين الفور والتراخى ☆ وسبب الخلاف ان العدة عند الفريق الاول من أحكام الطلاق وعند أبى حنيفة من أحكام النكاح ولذلك لا يجوز عنده أن ينكح مع المبتوتة أختها فمن رآها من أحكام النكاح ارتدف الطلاق عنده ومن لم ير ذلك لم يرتدف . ومنها ان جمهور العلماء أجمعوا على أنه لا رجعة للزوج على المختلعة فى العدة الا ماروى عن سعيد بن المسيب وابن شهاب انهما قالا ان رد لها ماأخذ منها في العدة أشهد على رجعتها والفرق الذى ذكرناه عن أبى ثور بين أن يكون بلفظ الطلاق أو لا يكون . ومنها ان الجمهور أجمعوا على ان له ان يتزوجها برضاها فى عدتها وقالت فرقة من المتأخرين لا يتزوجها هو ولا غيره في العدة ☆ وسبب اختلافهم هل المنع من النكاح في العدة عبادة أو ليس بعبادة بل معلل واختلفوا في عدة المختلعة وسيأتى بعد . واختلفوا اذا اختلف الزوج والزوجة في مقدار العدد الذى وقع به الخلع فقال مالك القول قوله ان لم يكن هنالك بينة وقال الشافعى يتحالفان ويكون عليها مهر المثل شبه الشافعى اختلافهما باختلاف المتبايعين وقال مالك هي مدعى عليها وهو مدع ومسائل هذا الباب كثيرة وليس مما يليق بقصدنا .

الباب الرابع

واختلاف قول مالك رحمه الله في الفرق بين الفسخ الذى لا يعتد به فى التطليقات الثلاث وبين الطلاق الذى يعتد به فى الثلاث الى قولين ؛ أحدهما ان النكاح ان كان فيه خلاف خارج عن مذهبه أعنى في جوازه وكان الخلاف مشهورا فالفرقة عنده فيه طلاق مثل الحكم بتزويج المرأة نفسها والمحرم فهذه على هذه الرواية هي طلاق لا فسخ ، والقول الثانى ان الاعتبار في ذلك هو بالسبب الموجب للتفرق فان كان غير راجع الى الزوجين مما لو أراد الاقامة على الزوجية معه لم يصح كان فسخا مثل نكاح المحرمة بالرضاع أو النكاح في العدة وان كان مما لهما ان يقيما عليه مثل الرد بالعيب كان طلاقا .

﴿ الباب الخامس ﴾

ومما يعد من أنواع الطلاق مما يرى أن له أحكاما خاصة التمليك والتخيير والتمليك عن مالك فى المشهور غير التخيير وذلك أن التمليك هو عنده تمليك المرأة ايقاع الطلاق فهو يحتمل الواحدة فما فوقها ولذلك له أن يناكرها عنده فيما فوق الواحدة والخيار بخلاف ذلك لانه يقتضى ايقاع طلاق تنقطع معه العصمة الا أن يكون تخييرا مقيداً مثل أن يقول لها اختارى نفسك أو اختارى تطليقة او تطليقتين ففى الخيار المطلق عند مالك ليس لها الا أن تختار زوجها أو تبين منه بالثلاث وان اختارت واحدة لم يكن لها ذلك والمملكة لا يبطل تمليكها عنده ان لم يوقع الطلاق حتى يطول الامر بها على إحدى الروايتين أو يتفرقا من المجلس والرواية الثانية انه يبقى لها التمليك الى أن ترد أو تطلق. والفرق عند مالك بين التمليك وتوكيله اياها على تطليق نفسها ان في التوكيل له ان يعزلها قبل أن تطلق وليس له ذلك في التمليك وقال الشافعى اختارى وأمرك بيدك سواء ولا يكون ذلك طلاقا الا ان ينويه وان نواه فهو ما أراد أن واحدة فواحدة وان ثلاثا فثلاث فله عنده أن يناكرها فى الطلاق نفسه وفي العدد فى الخيار أو التمليك وهي عنده ان طلقت نفسها رجعية وكذلك هي عند مالك في التمليك وقال أبو حنيفة وأصحابه الخيار ليس بطلاق فان طلقت نفسها في التمليك واحدة فهى بائنة وقال الثورى الخيار والتمليك واحد لا فرق بينهما وقد قيل القول قولها في اعداد الطلاق في التمليك وليس للزوج مناكرتها وهذا القول مروى عن علي وابن المسيب وبه قال الزهرى وعطاء وقد قيل انه ليس للمرأة في التمليك الا ان تطلق نفسها تطليقة واحدة وذلك مروى عن

ابن عباس وعمر رضى الله عنهما روى انه جاء ابن مسعود رجل فقال كان بينى وبين امرأتى بعض مايكون بين الناس فقالت لوأن الذى بيدك من أمرى بيدى لعلمت كيف أصنع قال فان الذى بيدى من أمرك بيدك قالت فانت طالق ثلاثا قال أراها واحدة وأنت أحق بها مادامت في عدتها وسالقى أمير المؤمنين عمر ثم لقيه فقص عليه القصة فقال صنع الله بالرجال وفعل يعمدون الى ماجعل الله فى أيديهم فيجعلونه بايدى النساء بفيها التراب ماذا قلت فيها قال قلت أراها واحدة وهو أحق بها قال وأنا أرى ذلك ولو رأيت غير ذلك علمت انك لم تصب . وقدقيل ليس التمليك بشىء لان ماجعل الشرع بيد الرجل ليس يجوز أن يرجع الى يدالمرأة بجعل جاعل وكذلك التخيير وهو قول أبى محمد بن حزم وقول مالك في المملكة ان لها الخيار في الطلاق أو البقاء على العصمة مادامت في المجلس وهوقول الشافعى وأبى حنيفة والاوزاعى وجماعة فقهاء الامصار وعندالشافعى أن التمليك اذا اراد به الطلاق كالوكالة وله أن يرجع في ذلك متى أحب ذلك مالم يوقع الطلاق وانما صار الجمهور للقضاء بالتمليك أو التخيير وجعل ذلك للنساء لماثبت من تخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه قالت عائشة خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يكن طلاقا لكن أهل الظاهر يرون أن معنى ذلك انهن لو اخترن أنفسهن طلقهن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا انهن كن يطلقن بنفس اختيار الطلاق وانما صار جمهور الفقهاء الى ان التخيير والتمليك واحد في الحكم لان من عرف دلالة اللغة ان من ملك انسانا أمراً من الامور ان شاء ان يفعله اولا يفعله فانه قد خيره . وأما مالك فيرى أن قوله لها اختيارينى او اختارى نفسك انه ظاهر بعرف الشرع في معنى البينونة بتخيير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه لان المفهوم منه انما كان البينونة وانما رأى مالك انه لا يقبل قول الزوج في التمليك انه لم يرد به طلاقا اذا زعم ذلك لانه لفظ ظاهر فى معنى جعل الطلاق بيدها وأما الشافعى فلما لم يكن اللفظ عنده نصاً اعتبر فيه النية * فسبب الخلاف هل يغلب ظاهر اللفظ اودعوى النية وكذلك فعل في التخيير وانما اتفقوا على ان له منا كرتها في العدد أعنى فى لفظ التمليك لانه لا يدل عليه دلالة محتملة فضلا عن ظاهره وانما رأى مالك والشافعى انه اذا طلقت نفسها بتمليكه اياها طلقة واحدة انما تكون رجعية لان الطلاق انما يحمل على العرف الشرعى وهو طلاق السنة وانما رأى أبو حنيفة انها بائنة لانه اذا كان له عليها رجعة لم يكن لما طلبت من التمليك فائدة ولما قصد هو من ذلك . وأما من رأى ان لها ان تطلق نفسها في التمليك ثلاثا وانه ليس للزوج مناكرتها في ذلك فلان معنى التمليك عنده انما هو تصيير جميع ما كان بيد الرجل من الطلاق بيد المرأة فهى مخيرة فيما توقعه

من أعداد الطلاق . وأما من جعل التمليك طلقة واحدة فقط أو التخيير فانما ذهب الى انه أقل ماينطلق عليه الاسم واحتياطا للرجال لان العلة في جعل الطلاق بايدى الرجال دون النساء هو لنقصان عقلهن وغلبة الشهوة عليهن مع سوء المعاشرة وجمهور العلماء على ان المرأة اذا اختارت زوجها انه ليس بطلاق لقول عائشة المتقدم وروى عن الحسن البصرى انها اذا اختارت زوجها فواحدة واذا اختارت نفسها فثلاث فيتحصل في هذه المسئلة الخلاف في ثلاثة مواضع . أحدها انه لايقع بواحد منهما طلاق . والثانى انه تقع بينهما فرقة . والثالث الفرق بين التخيير والتمليك فيما تملك به المرأة أعني ان تملك بالتخيير البينونة وبالتمليك مادون البينونة واذا قلنا بالبينونة فقيل تملك واحدة وقيل تملك الثلاث واذا قلنا انها تملك واحدة فقيل رجعية وقيل بائنة . وأما حكم الالفاظ التى تجيب بها لمرأة في التخيير والتمليك فهى ترجع الى حكم الالفاظ التى يقع بها الطلاق في كونها صريحة في الطلاق أو كناية أو محتملة وسيأتى تفصيل ذلك عند التكلم في الالفاظ الطلاق .

﴿ الجملة الثانية ﴾ وفي هذه الجملة ثلاث أبواب ، الباب الاول في ألفاظ الطلاق وشروطه ، الباب الثانى في تفصيل من يجوز طلاقه ممن لايجوز ، الباب الثالث في تفصيل من يقع عليها الطلاق من النساء ممن لايقع .

﴿ الباب الاول ﴾ وهذا الباب فيه فصلان ، الفصل الاول في انواع ألفاظ الطلاق المطلقة ، الفصل الثانى في أنواع ألفاظ الطلاق المقيدة .

(الفصل الاول)

أجمع المسلمون على ان الطلاق يقع اذا كان بنية وبلفظ صريح . واختلفوا هل يقع بالنية مع اللفظ الذى ليس بصريح أو بالنية دون اللفظ أو باللفظ دون النية فمن اشترط النية واللفظ الصريح فاتباعا لظاهر الشرع وكذلك من أقام الظاهر مقام الصريح ومن شبهه بالعقد في النذر وفي اليمين أوقعه بالنية فقط ومن أعمل التهمة أوقعه باللفظ واتفق الجمهور على أن ألفاظ الطلاق المطلقة صنفان صريح وكناية.واختلفوا في تفصيل الصريح من الكناية وفي أحكامها وما يلزم فيها ونحن فانما قصدنا من ذلك ذكر المشهور وما يجرى مجرى الاصول فقال مالك وأصحابه الصريح هو لفظ الطلاق فقط وما عدا ذلك كناية وهي عنده على ضربين ظاهرة ومحتملة وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى ألفاظ الطلاق الصريحة ثلاث ، الطلاق ، والفراق ، والسراح وهى المذكورة في القرآن وقال بعض أهل الظاهر لايقع طلاق الا بهذه الثلاث فهذا هو

اختلافهم في صريح الطلاق من غير صريحه وإنما اتفقوا على ان لفظ الطلاق صريح لان دلالته على هذا المعنى الشرعى دلالة وضعية بالشرع فصار أصلا في هذا الباب . وأما ألفاظ الفراق والسراح فهى مترددة بين ان يكون للشرع فيها تصرف اعنى ان تدل بعرف الشرع على المعنى الذى يدل عليه الطلاق أو هى باقية على دلالتها اللغوية فإذا استعملت فى هذا المعنى أعنى في معنى الطلاق كانت مجازا اذ هذا هو معنى الكناية اعنى اللفظ الذى يكون مجازاً في دلالته وإنما ذهب من ذهب الى انه لايقع الطلاق الا بهذه الالفاظ الثلاثة لان الشرع انما ورد بهذه الالفاظ الثلاثة وهى عبادة ومن شرطها اللفظ فوجب أن يقتصر بها على اللفظ الشرعى الوارد فيها . فأما اختلافهم فى أحكام صريح ألفاظ الطلاق ففيه مسئلتان مشهورتان احداها اتفق مالك والشافعى وأبو حنيفة عليها ، والثانية اختلفوا فيها . فأما التى اتفقوا عليها فان مالكا والشافعى وأبا حنيفة قالوا لايقبل قول المطلق اذا نطق بألفاظ الطلاق انه لم يرد به طلاقا اذا قال لزوجته أنت طالق وكذلك السراح والفراق عند الشافعى واستثنت المالكية بان قالت الا ان تقترن بالحالة أو بالمرأة قرينة تدل على صدق دعواه مثل ان تسأله ان يطلقها من وثاق هي فيه وشبهه فيقول لها أنت طالق . وفقه المسئلة عند الشافعى وأبى حنيفة ان الطلاق لايحتاج عندهم الى نية . وأما مالك فالمشهور عنه ان الطلاق عنده يحتاج الى النية لكن لم ينوه ههنا لموضع التهم ومن رأيه الحكم بالتهم سدا للذرائع وذلك مما خالفه فيه الشافعى وأبو حنيفة فيجب على رأى من يشترط النية في ألفاظ الطلاق ولا يحكم بالتهم ان يصدقه فيما ادعى .

(وأما المسئلة الثانية) فهى اختلافهم فيمن قال لزوجته أنت طالق وادعى انه أراد بذلك أكثر من واحدة اما اثنتين واما ثلاثا فقال مالك هو مانوى وقد لزمه وبه قال الشافعى الا ان يقيد فيقول طلقة واحدة وهذا القول هو المختار عند أصحابه . وأما أبو حنيفة قال يقع ثلاث بلفظ الطلاق لان العدد لايتضمنه لفظ الافراد لا كناية ولا تصريحاً ✡ وسبب اختلافهم هل يقع الطلاق بالنية دون اللفظ أو بالنية مع اللفظ المحتمل فمن قال بالنية أوجب الثلاث وكذلك من قال بالنية واللفظ المحتمل ورأى ان لفظ الطلاق يحتمل العدد ومن رأى انه لايحتمل العدد وانه لابد من اشتراط اللفظ في الطلاق مع النية قال لايجب العدد وان نواه وهذه المسئلة اختلفوا فيها وهى من مسائل شروط ألفاظ الطلاق أعنى اشتراط النية مع اللفظ أو بانفراد أحدها فالمشهور عن مالك أن الطلاق لايقع الا باللفظ والنية وبه قال أبو حنيفة وقد روى عنه انه

يقع باللفظ دون النية وعند الشافعي أن لفظ الطلاق الصريح لا يحتاج الى نية فمن اكتفى بالنية احتج بقوله صلى الله عليه وسلم انما الاعمال بالنيات ومن لم يعتبر النية دون اللفظ احتج بقوله عليه الصلاة والسلام : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما حدثت به أنفسها والنية دون قول حديث نفس قال وليس يلزم من اشترط النية في العمل في الحديث المتقدم أن تكون النية كافية بنفسها واختلف المذهب هل يقع بلفظ الطلاق في المدخول بها طلاق بائن اذا قصد ذلك المطلق ولم يكن هنالك عوض فقيل يقع وقيل لا يقع وهذه المسئلة هي من مسائل أحكام صريح ألفاظ الطلاق . وأما ألفاظ الطلاق التي ليست بصريح فمنها ما هي كناية ظاهرة عند مالك ومنها ما هي كناية محتملة ومذهب مالك انه اذا ادعى في الكناية الظاهرة أنه لم يرد طلاقا لم يقبل قوله الا أن تكون هنالك قرينة تدل على ذلك كرأيه في الصريح وكذلك لا يقبل عنده ما يدعيه من دون الثلاث في الكنايات الظاهرة وذلك في المدخول بها الا ان يكون قال ذلك في الخلع ، وأما غير المدخول بها فيصدقه في الكناية الظاهرة فيما دون الثلاث لان طلاق غير المدخول بها بائن وهذه هي مثل قولهم حبلك على غاربك ومثل البتة ومثل قولهم أنت خلية وبرية، وأما مذهب الشافعي في الكنايات الظاهرة فانه يرجع في ذلك الى ما نواه فان كان نوى طلاقا كان طلاقاً وان كان نوى ثلاثا كان ثلاثا أو واحدة كان واحدة ويصدق في ذلك وقول أبي حنيفة في ذلك مثل قول الشافعي الا انه اذا نوى على أصله واحدة أو اثنتين وقع عنده طلقة واحدة بائنة وان اقترنت به قرينة تدل على الطلاق وزعم انه لم ينوه لم يصدق وذلك اذا كان عنده في مذاكرة الطلاق وأبو حنيفة يطلق بالكنايات كلها اذا اقترنت بها هذه القرينة الا أربع حبلك على غاربك واعتدى واستبرئي وتقنعي لانها عنده من المحتملة غير الظاهرة وأما ألفاظ الطلاق المحتملة غير الظاهرة فعند مالك انه يعتبر فيها نيته كالحال عند الشافعي في الكناية الظاهرة وخالفه في ذلك جمهور العلماء فقالوا ليس فيها شيء وان نوى طلاقا فيتحصل في الكنايات الظاهرة ثلاثة أقوال ؛ قول انه يصدق بالطلاق وهو قول الشافعي ؛ وقول انه لا يصدق بالطلاق الا ان يكون هنالك قرينة وهو قول مالك . وقول انه يصدق الا ان يكون في مذاكرة الطلاق وهو قول أبي حنيفة وفي المذهب خلاف في مسائل يتردد حملها بين الظاهر والمحتمل وبين قوتها وضعفها في الدلالة على صفة البينونة فوقع فيها الاختلاف وهي راجعة الى هذه الاصول وانما صار مالك الى انه لا يقبل قوله في الكنايات الظاهرة انه لم يرد به طلاقا لان العرف اللغوي والشرعي شاهد عليه وذلك أن هذه الالفاظ انما تلفظ بها الناس غالباً والمراد بها الطلاق الا ان يكون هنالك قرينة تدل على خلاف ذلك وانما صار الى انه لا يقبل

قوله فيما يدعيه دون الثلاث لان الظاهر من هذه الالفاظ هو البينونة والبينونة لا تقع الا خلعا عنده في المشهور أو ثلاثا واذا لم تقع خلعا لانه ليس هناك عوض فبقى ان يكون ثلاثا وذلك فى المدخول بها ويتخرج على القول في المذهب بان البائن تقع من دون عوض ودون عدد أن يصدق في ذلك وتكون واحدة بائنة وحجة الشافعى انه اذا وقع الاجماع على انه يقبل قوله فيما دون الثلاث في صريح ألفاظ الطلاق كان أحرى ان يقبل قوله في كنايته لان دلالة الصريح أقوى من دلالة الكناية ويشبه ان تقول المالكية ان لفظ الطلاق وان كان صريحا في الطـلاق فليس بصريح في العدد ومن الحجة للشافعى حديث ركانة المتقدم وهو مذهب عمر فى حبلك على غاربك وانما صار الشافعى الى أن الطلاق فى الكنايات الظاهرة اذا نوى ما دون الثلاث يكون رجعيا لحديث ركانة المتقدم وصار أبو حنيفة الا أنه يكون بائنا لانه المقصود به قطع العصمة ولم يجعله ثلاثا لان الثلاث معنى زائد على البينونة عنده ✡ فسبب اختلافهم هل يقدم عرف اللفظ على النية أو النية على عرف اللفظ واذا غلبنا عرف اللفظ فهل يقتضى البينونة فقط أو العدد فمن قدم النية لم يقض عليه بعرف اللفظ ومن قدم العرف الظاهر لم يلتفت الى النية ومما اختلف فيه الصـدر الاول وفقهاء الامصار من هذا الباب أعنى من جنس المسائل الداخلة فى هذا الباب لفظ التحريم أعنى من قال لزوجه أنت على حرام وذلك ان مالكا قال يحمل فى المدخول بها على البت اى الثلاث وينوى فى غير المدخول بها وذلك على قياس قوله المتقدم فى الكنايات الظاهرة وهو قول ابن أبى ليلى وزيد بن ثابت وعلى من الصحابة وبه قال اصحابه الا ابن الماجشون فانه قال لا ينوى فى غير المدخول بها وتكون ثلاثا فهذا هو احد الاقوال فى هذه المسئلة، والقول الثانى انه ان نوى بذلك ثلاثا فهى ثلاث وان نوى واحدة فهى واحدة بائنة وان نوى يمينا فهو يمين يكفرها وان لم ينو به طلاقا ولا يمينا فليس بشىء هي كذبة وقال بهذا القول الثورى . والقول الثالث انه يكون ايضا ما نوى بها ان نوى واحدة فواحدة او ثلاثا فثلاث وان لم ينو شيئا فهو يمين يكفرها وهـذا القول قاله الاوزاعى . والقول الرابع انه ينوى فيها في الموضعين في ارادة الطلاق وفي عدده فما نوى كان ما نوى فان نوى واحدة كان رجعيا وان أراد تحريمها بغير طلاق فعليه كفارة يمين وهو قول الشافعى ، والقول الخامس انه ينوى أيضاً في الطلاق وفي العدد فان نوى واحدة كانت بائنة فان لم ينو طلاقا كانت يمينا وهو مول فان نوى الكذب فليس بشىء وهـذا القول قاله أبو حنيفة وأصحابه . والقول السادس انها يمين يكفرها ما يكفر اليمين الا ان بعض هؤلاء قال يمين مغلظة وهو قول عمر وابن مسعود وابن عباس وجماعة من التابعين وقال ابن عباس وقد سئل عنها لقـد

كان لكم في رسول الله أسوة حسنة خرجه البخارى ومسلم ذهب الى الاحتجاج بقوله تعالى (ياأيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك) الآية . والقول السابع أن تحريم المرأة كتحريم الماء وليس فيه كفارة ولاطلاق لقوله تعالى (لاتحرموا طيبات ماأحل الله لكم) وهو قول مسروق الاجـدع وأبى سلمة بن أبى عبدالرحمن والشعبى وغيرهم ومن قال فيها أنها غير مغلظة بعضهم أوجب فيها الواجب في الظاهر وبعضهم اوجب فيها عتق رقبة ☆ وسبب الاختلاف هل هو يمين أو كناية أو ليس بيمين ولا كناية فهذه أصـول مايقع من الاختلاف في ألفاظ الطلاق .

﴿ الفصل الثانى في الفاظ الطلاق المقيدة ﴾

والطلاق المقيـد لايخلو من قسمين . اما تقييد اشتراط أو تقييـد استثناء والتقييد المشترط لايخلو ان يعلق بمشيئة من له اختيار أو بوقوع فعـل من الافعال المستقبلة أو بخروج شيء مجهول العلم الى الوجود على مايدعيه المعلق للطلاق به مما لا يتوصل الى علمه الا بعد خروجه الى الحس أو الى الوجود أو بما لاسبيل الى الوقوف عليه ممـا هو ممكن أن يكون أو لا يكون . فأما تعليق الطلاق بالمشيئة فانه لايخلو ان يعلقه بمشيئة الله أو بمشيئة مخلوق فاذا علقه بمشيئة الله وسواء علقه على جهة الشرط مثل أن يقول أنت طالق ان شاء الله أو على جهة الاستثناء مثل ان يقول أنت طالق الا أن يشاء الله فان مالكا قال لايؤثر الاستثناء في الطلاق شيئا وهو واقع ولابد وقال أبو حنيفة والشافعى اذا استثنى المطلق مشيئة الله لم يقع الطلاق ☆ وسبب الخلاف هل يتعلق الاستثناء بالافعال الحاضرة الواقعة كتعلقه بالافعال المستقبلة أو لايتعلق وذلك ان الطلاق هو فعل حاضر فمن قال لا يتعلق به قال لايؤثر الاستثناء ولا اشتراط المشيئة في الطلاق ومن قال يتعلق به قال يؤثر فيـه . وأما ان علق الطلاق بمشيئة من تصح مشيئته ويتوصل الى علمها فلاخـلاف في مذهب مالك ان الطلاق يقف على اختيار الذى علق الطلاق بمشيئته . وأما تعليق الطلاق بمشيئة من لامشيئة له ففيه خلاف في المذهب قيل يلزمه الطلاق وقيل لايلزمه والصبى والمجنون داخلان في هـذا المعنى فمن شبهه بطلاق الهزل وكان الطلاق بالهزل عنده يقع قال يقع هذا الطلاق ومن اعتبر وجود الشرط قال لايقع لان الشرط قد عـدم ههنا . وأما تعليق الطلاق بالافعال المستقبلة فان الافعال التى يعلق بها توجد على ثلاثة أضرب ، أحدها مايمكن أن يقع أو لا يقع على السواء كدخول الدار وقدوم زيد فهذا يقف وقوع الطلاق فيه على وجود الشرط بلا خلاف . وأما مالابد من وقوعه كطلوع الشمس غداً فهذا يقع ناجزا عند مالك

ويتقف وقوعه عند الشافعي وأبي حنيفة على وجود الشرط فمن شبهه بالشرط الممكن الوقوع قال لا يقع الا بوقوع الشرط ومن شبهه بالوطء الواقع في الأجل بنكاح المتعة لكونه وطئا مستباحا الى أجل قال يقع الطلاق ، والثالث هو بحسب العادة منه وقوع الشرط وقد لا يقع كتعلق الطلاق بوضع الحمل ومجيء الحيض والطهر ففي ذلك روايتان عن مالك ، احداهما وقوع الطلاق ناجزا ، والثانية وقوعه على وجود شرطه وهو الذي يأتي على مذهب أبي حنيفة والشافعي والقول بانجاز الطلاق في هـذا يضعف لانه مشبه عنده بما يقع ولا بد والخلاف فيه قوى . وأما تعليق الطلاق بالشرط المجهول الوجود فان كان لاسبيل الى علمه مثل ان يقول ان كان خلق الله اليوم في بحر القلزم حوتاً بصفة كذا فأنت طالق فلا خلاف أعلمه في المذهب ان الطلاق يقع في هـذا . وأما ان علقه بشيء يمكن ان يعلم بخروجه الى الوجود مثـل ان يقول ان ولدت انثى فانت طالق فان الطلاق يتوقف على خروج ذلك الشيء الى الوجود . وأما ان حلف بالطلاق انها تلد انثى فان الطلاق في الحين يقع عنده وان ولدت انثى وكان هذا من باب التغليظ والقياس يوجب ان يوقف الطلاق على خروج ذلك الشيء أو ضده ومن قول مالك انه اذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ان يفعل فعلا من الافعال انه لا يحنث حتى يفعل ذلك الفعل واذا أوجب الطلاق على نفسه بشرط ترك فعل من الافعال فانه على الحنث حتى يفعل ويوقف عنده عن وطء زوجته فان امتنع عن ذلك الفعل أكثر من مدة أجل الايلاء ضرب له أجل الايلاء ولكن لا يقع عنده حتى يفوت الفعل ان كان مما يقع فوته ومن العلماء من يرى أنه على بر حتى يفوت الفعل وان كان مما لا يفوت كان على البر حتى يموت * ومن هذا الباب اختلافهم في تبعيض المطلقة أو تبعيض الطلاق أو إرداف الطلاق على الطلاق . فاما مسئلة تبعيض المطلقة فان مالكا قال اذا قال يدك أو رجلك أو شعرك طالق طلقت عليه وقال أبو حنيفة لا تطلق الا بذكر عضو يعبر به عن جملة البدن كالرأس والقلب والفرج وكذلك تطلق عنده اذا طلق الجزء منها مثل الثلث أو الربع وقال داود لا تطلق وكذلك اذا قال عند مالك طلقتك نصف تطليقة طلقت لان هذا كله عنـده لا يتبعض وعنـد المخالف اذا تبعض لم يقع . وأما اذا قال لغير المدخول بها أنت طالق أنت طالق نسقاً فانه يكون ثلاثاً عند مالك وقال أبو حنيفة والشافعي يقع واحدة فمن شبه تكرار اللفظ بلفظه بالعدد أعني بقوله طلقتك ثلاثا قال يقع الطلاق ثلاثا ومن رأى أنه باللفظة الواحدة قد بانت منه قال لا يقع عليها الثاني والثالث ولا خلاف بين المسلمين في ارتدافه في الطلاق الرجعي . وأما الطلاق المقيد بالاستثناء فانما يتصور في العدد فقط فاذا طلق أعداداً من الطلاق فلا يخلو من

ثلاثة أحوال . إما ان يستثنى ذلك العدد بعينه مثل ان يقول أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا أو اثنتين الا اثنتين . وإما ان يستثنى ماهو أقل واذا استثنى ماهو أقل . فاما أن يستثنى ماهو أقل مما هو أكثر . وأما أن يستثنى ماهو أكثر مما هو أقل فاذا استثنى الاقل من الاكثر فلا خلاف أعلمه ان الاستثناء يصح ويسقط المستثنى مثل أن يقول أنت طالق ثلاثا الا واحدة . واما ان استثنى الاكثر من الاقل فيتوجه فيه قولان ، أحدهما أن الاستثناء لا يصح وهو مبنى على من منع أن يستثنى الاكثر من الاقل ، والآخر أن الاستثناء يصح وهو قول مالك . وأما اذا استثنى ذلك العدد بعينه مثل أن يقول أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا فان مالكا قال يقع الطلاق لانه اتهمة على أنه رجوع منه . وأما اذا لم يقل بالتهمة وكان قصده بذلك استحالة وقوع الطلاق فلا طلاق عليه كما لو قال أنت طالق لا طالق معا فان وقوع الشيء مع ضده مستحيل وشذ أبو محمد ابن حزم فقال لا يقع طلاق بصفة لم تقع بعد ولا بفعل لم يقع لان الطلاق لا يقع فى وقت وقوعه الا بايقاع من يطلق في ذلك الوقت ولا دليل من كتاب ولا سنة ولا اجماع على وقوع طلاق فى وقت لم يوقعه فيه المطلق وإنما ألزم نفسه ايقاعه فيه فان قلنا باللزوم لزم أن يوقف عند ذلك الوقت حتى يوقع هذا قياس قوله عندى وحجته وان كنت لست أذكر فى هذا الوقت احتجاجه في ذلك .

﴿ الباب الثانى في المطلق الجائز الطلاق ﴾ واتفقوا على أنه الزوج العاقل البالغ الحر غير المكره واختلفوا في طلاق المكره والسكران وطلاق المريض وطلاق المقارب للبلوغ . واتفقوا على أنه يقع طلاق المريض ان صح . واختلفوا هل ترثه ان مات أم لا . فاما طلاق المكره فانه غير واقع عند مالك والشافعى وأحمد وداود وجماعة وبه قال عبد الله بن عمر وابن الزبير وعمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وابن عباس . وفرق أصحاب الشافعى بين أن ينوى الطلاق أولا ينوى شيئا فان نوى الطلاق فمنهم قولان أصحهما لزومه وان لم ينو فقولان أصحهما أنه لا يلزم وقال أبو حنيفة وأصحابه هو واقع وكذلك عتقه دون بيعه ففرقوا بين البيع والطلاق والعتق * وسبب الخلاف هل المطلق من قبل الاكراه مختار أم ليس بمختار لانه ليس يكره على اللفظ اذ كان اللفظ انما يقع باختياره والمكره على الحقيقة هو الذى لم يكن له اختيار في ايقاع الشيء أصلا وكل واحد من الفريقين يحتج بقوله عليه السلام: رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولكن الاظهر أن المكره على الطلاق وان كان موقعا للفظ باختياره انه ينطلق عليه في الشرع اسم المكره لقوله تعالى (الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان) وانما فرق أبو حنيفة بين

البيع والطلاق لان الطلاق مغلظ فيه ولذلك استوى جده وهزله وأما طلاق الصبي فان المشهور عن مالك أنه لا يلزمه حتى يبلغ وقال في مختصر ما ليس في المختصر انه يلزمه اذا ناهز الاحتلام وبه قال أحمد بن حنبل اذا هو أطاق صيام رمضان وقال عطاء اذا بلغ اثنتي عشرة سنة جاز طلاقه وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وأما طلاق السكران فالجمهور من الفقهاء على وقوعه وقال قوم لا يقع منهم المزني وبعض أصحاب أبي حنيفة ✡ والسبب في اختلافهم هل حكمه حكم المجنون أم بينهما فرق فمن قال هو والمجنون سواء اذ كان كلاهما فاقدا للعقل ومن شرط التكليف العقل قال لا يقع ومن قال الفرق بينهما أن السكران أدخل الفساد على عقله بارادته والمجنون بخلاف ذلك ألزم السكران الطلاق وذلك من باب التغليظ عليه واختلف الفقهاء فيما يلزم السكران بالجملة من الاحكام وما لا يلزمه فقال مالك يلزمه الطلاق والعتق والقود من الجراح والقتل ولم يلزمه النكاح ولا البيع وألزمه أبو حنيفة كل شيء وقال الليث كل ما جاء من منطق السكران فموضوع عنه ولا يلزمه طلاق ولا عتق ولا نكاح ولا بيع ولا حد في قذف وكل ما جنته جوارحه فلازم له فيحد في الشرب والقتل والزنا والسرقة وثبت عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أنه كان لا يرى طلاق السكران وزعم بعض أهل العلم أنه لا مخالف لعثمان في ذلك من الصحابة وقول من قال ان كل طلاق جائز الا طلاق المعتوه ليس نصاً في الزام السكران الطلاق لان السكران معتوه ما وبه قال داود وأبو ثور واسحق وجماعة من التابعين أعني أن طلاقه ليس يلزم وعن الشافعي القولان في ذلك واختار أكثر أصحابه قوله الموافق للجمهور واختار المزني من أصحابه أن طلاقه غير واقع. واما المريض الذي يطلق طلاقا بائنا ويموت من مرضه فان مالكا وجماعة يقول ترثه زوجته والشافعي وجماعة لا يورثها. والذين قالوا بتوريثها انقسموا ثلاث فرق ففرقة قالت لها الميراث ما دامت في العدة وممن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه والثوري ، وقال قوم لها الميراث ما لم تتزوج وممن قال بهذا احمد وابن أبي ليلى ، وقال قوم بل ترث كانت في العدة اولم تكن تزوجت أم لم تتزوج وهو مذهب مالك والليث ✡ وسبب الخلاف اختلافهم في وجوب العمل بسد الذرائع وذلك أنه لما كان المريض يتهم في ان يكون انما طلق في مرضه زوجته ليقطع حظها من الميراث فمن قال بسد الذرائع اوجب ميراثها ومن لم يقل بسد الذرائع ولحظ وجوب الطلاق لم يوجب لها ميراثا وذلك ان هذه الطائفة تقول ان كان الطلاق قد وقع فيجب ان يقع بجميع احكامه لانهم قالوا انه لا يرثها ان ماتت وان كان لم يقع فالزوجية باقية بجميع احكامها ولا بد لخصومهم

من احد الجوابين لانه يعسر ان يقال ان في الشرع نوعا من الطلاق توجد له بعض احكام الطلاق وبعض احكام الزوجية واعسر من ذلك القول بالفرق بين ان يصح اولا يصح لان هذا يكون طلاقا موقوف الحكم الى ان يصح اولا يصح وهذا كله مما يعسر القول به في الشرع ولكن انما انس القائلين به انه فتوى عثمان وعمر حتى زعمت المالكية انه اجماع الصحابة ولا معنى لقولهم فان الخلاف فيه عن ابن الزبير مشهور واما من رأى انها ترث في العدة فلان العدة عنده من بعض أحكام الزوجية وكانه شبهها بالمطلقة الرجعية وروى هذا القول عن عمر وعن عائشة . وأما من شترط في توريثها ما لم تتزوج فانه لحظ في ذلك اجماع المسلمين على أن المرأة الواحدة لاترث زوجين ولكون التهمة هي العلة عند الذين أوجبوا الميراث . واختلفوا اذا طلبت هي الطلاق أو ملكها أمرها الزوج فطلقت نفسها فقال أبو حنيفة لاترث أصلا وفرق الاوزاعى بين التمليك والطلاق فقال ليس لها الميراث في التمليك ولها في الطلاق وسوى مالك في ذلك كله حتى لقد قال ان مات لايرثها وترثه هي ان مات وهذا مخالف للاصول جداً .

﴿ الباب الثالث فيمن يتعلق به الطلاق من النساء ومن لايتعلق ﴾

وأما من يقع طلاقه من النساء فانهم اتفقوا على ان الطلاق يقع على النساء اللاتي في عصمة أزواجهن أو قبل أن تنقضي عدتهن في الطلاق الرجعي وانه لايقع على الاجنبيات أعني الطلاق المطلق . وأما تعليق الطلاق على الاجنبيات بشرط التزويج مثل أن يقول ان نكحت فلانة فهي طالق فان للعلماء في ذلك ثلاثة مذاهب قول ان الطلاق لايتعلق باجنبية أصلا عم المطلق أو خص وهو قول الشافعي وأحمد وداود وجماعة وقول انه يتعلق بشرط التزويج عمم المطلق جميع النساء أو خصص وهو قول أبي حنيفة وجماعة وقول انه ان عم جميع النساء لم يلزمه وان خصص لزمه وهو قول مالك وأصحابه أعني مثل ان يقول كل امرأة أتزوجها من بنى فلان أو من بلد كذا فهي طالق وكذلك في وقت كذا فان هؤلاء يطلقن اذا زوجن * وسبب الخلاف هل من شرط وقوع الطلاق وجود الملك متقدما بالزمان على الطلاق أم ليس ذلك من شرطه فمن قال هو من شرطه قال لايتعلق الطلاق بالاجنبية ومن قال ليس من شرطه الا وجود الملك فقط قال يقع بالاجنبية وأما الفرق بين التعميم والتخصيص فاستحسان مبنى على المصلحة وذلك انه اذا عمم فاوجبنا عليه التعميم لم يجد سبيلا الى النكاح الحلال فكان ذلك عنتابه وحرجا وكانه من باب نذر المعصية وأما اذا خصص فليس الامر كذلك اذا

الزمناه الطلاق واحتج الشافعى بحديث عمرو بن شعيب عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لاطلاق الا من بعد نكاح وفي رواية أخرى لاطلاق فيما لا يملك ولا عتق فيما لا يملك وثبت ذلك عن على ومعاذ وجابر بن عبد الله وابن عباس وعائشة وروى مثل قول أبى حنيفة عن عمر وابن مسعود وضعف قوم الرواية بذلك عن عمر رضى الله عنهم .

(الجملة الثالثة في الرجعة بعد الطلاق) ولما كان الطلاق على ضربين : بائن ، ورجعى وكانت أحكام الرجعة بعد الطلاق البائن غير أحكام الرجعة بعد الطلاق الرجعى وجب أن يكون في هذا الجنس بابان ، الباب الاول في أحكام الرجعة في الطلاق الرجعى ، الباب الثانى في أحكام الارتجاع في الطلاق البائن .

(الباب الاول)

وأجمع المسلمون على أن الزوج يملك رجعة الزوجة في الطلاق الرجعى مادامت في العدة من غير اعتبار رضاها لقوله تعالى (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك) وان من شرط هذا الطلاق تقدم المسيس له واتفقوا على انها تكون بالقول والاشهاد . واختلفوا هل الاشهاد شرط في صحتها أم ليس بشرط وكذلك اختلفوا هل تصح الرجعة بالوطء . فاما الاشهاد فذهب مالك الى انه مستحب وذهب الشافعى الى انه واجب ☆ وسبب الخلاف معارضة القياس للظاهر وذلك ان ظاهر قوله تعالى (وأشهدوا ذوى عدل منكم) يقتضى الوجوب وتشبيه هذا الحق بسائر الحقوق التى يقبضها الانسان يقتضى أن لايجب الاشهاد فكان الجمع بين القياس والآية حمل الآية على الندب . وأما أختلافهم فيما تكون به الرجعة فان قوما قالوا لاتكون الرجعة الا بالقول فقط وبه قال الشافعى وقوم قالوا تكون رجعتها بالوطء وهؤلاء انقسموا قسمين فقال قوم لا تصح الرجعة بالوطء الا اذا نوى بذلك الرجعة لان الفعل عنده يتنزل منزلة القول مع النية وهو قول مالك وأما أبو حنيفة فأجاز الرجعة بالوطء اذا نوى بذلك الرجعة ودون النية فاما الشافعى فقاس الرجعة على النكاح وقال قد أمر الله بالاشهاد ولا يكون الاشهاد الا على القول . واما سبب الاختلاف بين مالك وابى حنيفة فان أبا حنيفة يرى ان الرجعة محللة الوطء عنده قياسا على المولى منها وعلى المظاهرة ولان الملك لم ينفصل عنده ولذلك كان التوارث بينهما وعند مالك ان وطء الرجعية حرام حتى يرتجعها فلا بد عنده من النية فهذا هو اختلافهم في شروط صحة الرجعة واختلفوا فى مقدار مايجوز للزوج ان يطلع عليه من المطلقة الرجعية مادامت

في العدة فقال مالك لايخلو معها ولا يدخل عليها الا باذنها ولا ينظر الى شعرها ولا بأس ان يأكل معها اذا كان معهما غيرهما وحكى ابن القاسم انه رجع عن اباحة الاكل معها وقال أبو حنيفة لا بأس ان تتزين الرجعية لزوجها وتتطيب له وتتشوف وتبدى البنان والكحل وبه قال الثورى وأبو يوسف والاوزاعى وكلهم قالوا لا يدخل عليها الا ان تعلم بدخوله بقول أو حركة من تنحنح أو خفق نعل * واختلفوا من هذا الباب في الرجل يطلق زوجته طلقة رجعية وهو غائب ثم يراجعها فيبلغها الطلاق ولا تبلغها الرجعة فتتزوج اذا انقضت عدتها فذهب مالك الى انها للذى عقد عليها النكاح دخل بها أولم يدخل هذا قوله في الموطأ وبه قال الاوزاعى والليث وروى عنه ابن القاسم أنه رجع عن القول الاول وانه قال الاول اولى بها الا أن يدخل الثانى وبالقول الاول قال المدنيون من أصحابه ولم يرجع عنه لانه اثبته في موطئه الى يوم مات وهو يقرأ عليه وهو قول عمر بن الخطاب ورواه عنه مالك في الموطأ . واما الشافعى والكوفيون ابو حنيفة وغيرهم فقالوا زوجها الاول الذى ارتجعها أحق بها دخل بها الثانى اولم يدخل وبه قال ابو داود وابو ثور وهو مروى عن على وهو الا بين وقد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه قال في هذه المسئلة ان الزوج الذى ارتجعها مخير بين ان تكون امرأته أوان يرجع عليها بما كان اصدقها وحجة مالك فى الرواية الاولى ماروراه ابن وهب عن يونس عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب انه قال مضت السنة في الذى يطلق امرأته ثم يراجعها فيكتمها رجعتها حتى تحل فتنكح زوجا غيره انه ليس له من امرها شىء ولكنها لمن تزوجها وقد قيل ان هذا الحديث انما يروى عن ابن شهاب فقط وحجة الفريق الاول ان العلماء قد أجمعوا على ان الرجعة صحيحة وإن لم تعلم بها المرأة بدليل انهم قد اجمعوا على ان الاول احق بها قبل ان تتزوج وإذا كانت الرجعة صحيحة كان زواج الثانى فاسداً فان نكاح الغير لا تأثير له في ابطال الرجعة لاقبل الدخول ولا بعد الدخول وهو الاظهر ان شاء الله ويشهد لهذا ماخرجه الترمذى عن سمرة بن جندب ان النبى صلى الله عليه وسلم قال أيما امرأة تزوجها اثنان فهى للاول منهما ومن باع بيعا من رجلين فهو للاول منهما .

(الباب الثانى)

والطلاق البائن أما بما دون الثلاث فذلك يقع فى غير المدخول بها بلا خلاف وفي المخالعة باختلاف وهل يقع ايضا دون عوض فيه خلاف وحكم الرجعة بعد هذا الطلاق حكم

ابتداء النكاح اعنى فى اشتراط الصداق والولى والرضا الا انه لايعتبر فيه انقضاء العدة عند الجمهور وشذ قوم فقالوا المختلعة لايتزوجها زوجها في العدة ولا غيره وهؤلاء كانهم رأوا منع النكاح في العدة عبادة وأما البائنة بالثلاث فان العلماء كلهم على ان المطلقة ثلاثا لاتحل لزوجها الاول الا بعد الوطء لحديث رفاعة بن سموال انه طلق امرأته تميمة بنت وهب في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثا فنكحت عبد الرحمن بن الزبير فاعرض عنها فلم يستطع أن يمسها ففارقها فأراد رفاعة زوجها الاول أن ينكحها فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاه عن تزويجها وقال لاتحل لك حتى تذوق العسيلة وشذ سعيدبن المسيب فقال انه جائز أن ترجع الى زوجها الاول بنفس العقد لعموم قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) والنكاح ينطلق على العقد وكلهم قال التقاء الختانين يحلها الا الحسن البصرى فقال لاتحل الا بوطء بانزال وجمهور العلماء على أن الوطء الذى يوجب الحد ويفسد الصوم والحج ويحل المطلقة ويحصن الزوجين ويوجب الصداق هو التقاء الختانين . وقال مالك وابن القاسم لايحل المطلقة الا الوطء المباح الذى يكون فى العقد الصحيح في غير صوم أوحج أو حيض أو اعتكاف ولا يحل الذمية عندهما وطء زوج ذمى لمسلم ولا وطء من لم يكن بالغا وخالفهما في ذلك كله الشافعى وأبو حنيفة والثورى والاوزاعى فقالوا يحل الوطء وان وقع في عقد فاسد ووقت غير مباح وكذلك وطء المراهق عندهم يحل ويحل وطء الذمى الذمية للمسلم وكذلك المجنون عندهم والخصى الذى يبقى له مايغيبه في الفرج * والخلاف في هذا كله آيل الى هل يتناول اسم النكاح أصناف الوطء الناقص أم لا يتناوله * واختلفوا من هذا الباب في نكاح المحلل أعنى اذا يزوجها على شرط أن يحللها لزوجها الاول فقال مالك النكاح فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده والشرط فاسد لاتحل به ولا يعتبر في ذلك عنده ارادة المرأة التحليل وانما يعتبر عنده ارادة الرجل وقال الشافعى وأبو حنيفة النكاح جائز ولا تؤثر النية في ذلك وبه قال دواد وجماعة قالوا هو محلل للزوج المطلق ثلاثا وقال بعضهم النكاح جائز والشرط باطل أى ليس يحللها وهو قول ابن أبى ليلى وروى عن الثورى واستدل مالك وأصحابه بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم من حديث على بن أبى طالب وابن مسعود وأبى هريرة وعقبة بن عامر انه قال صلى الله عليه وسلم : لعن الله المحلل والمحلل له فلعنه اياه كلعنه آكل الربا وشارب الخمر وذلك يدل على النهى والنهى يدل على فساد المنهى عنه . واسم النكاح الشرعى لاينطلق على النكاح المنهى عنه وأما الفريق الآخر فتعلق بعموم قوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) وهذا ناكح وقالوا

وليس في تحريم قصد التحليل مايدل على أن عدمه شرط في صحة النكاح كما انه ليس النهي عن الصلاة في الدار المغصوبة مما يدل على أن من شرط صحة الصلاة صحة ملك البقعة أو الاذن من مالكها في ذلك قالوا واذا لم يدل النهي على فساد عقد النكاح فاحرى أن لا يدل على بطلان التحليل وانما لم يعتبر مالك قصد المرأة لانه اذا لم يوافقها على قصدها لم يكن لقصدها معنى مع ان الطلاق ليس بيدها ✡ واختلفوا في هل يهدم الزوج مادون الثلاث فقال ابو حنيفة يهدم وقال مالك والشافعي لا يهدم أعني اذا تزوجت قبل الطلقة الثالثة غير الزوج الاول ثم راجعها هل يعتد بالطلاق الاول أم لا فمن رأى ان هذا شيء يخص الثالثة بالشرع قال لا يهدم مادون الثالثة عنده ومن رأى انه اذا هدم الثالثة فهو أحرى أن يهدم مادونها قال يهدم مادون الثلاث والله أعلم .

(الجملة الرابعة) وهذه الجملة فيها بابان ؛ الاول في العدة ، الثاني في المتعة .

(الباب الاول)

والنظر في هذا الباب في فصلين. الفصل الاول في عدة الزوجات . الفصل الثاني في عدة ملك اليمين .

(الفصل الاول)

والنظر في عدة الزوجات ينقسم الى نوعين . أحدهما في معرفة العدة . والثاني في معرفة أحكام العدة (النوع الاول) وكل زوجة فهي إما حرة واما أمة وكل واحدة من هاتين اذا طلقت فلا يخلو أن تكون مدخولا بها أو غير مدخول بها. فاما غير المدخول بها فلا عدة عليها باجماع لقوله تعالى (فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) وأما المدخول بها فلا يخلو أن تكون من ذوات الحيض أو من غير ذوات الحيض وغير ذوات الحيض اما صغار وإما يائسات وذوات الحيض اما حوامل وأما جاريات على عادتهن في الحيض واما مرتفعات الحيض واما مستحاضات والمرتفعات الحيض في سن الحيض اما مرتابات بالحمل أي بحس في البطن واما غير مرتابات وغير المرتابات اما معروفات سبب انقطاع الحيض من رضاع أو مرض واما غير معروفات فاما ذوات الحيض الاحرار الجاريات في حيضهن على المعتاد فعدتهن ثلاثة قروء والحوامل منهن عدتهن وضع حملهن واليائسات منهن عدتهن ثلاثة أشهر ولا خلاف في هذا لانه منصوص عليه في قوله تعالى (والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء) الآية وفي قوله تعالى (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم) الآية واختلفوا

من هذه الآية في الاقراء ماهي فقال قوم هي الاطهار أعني الازمنة التي بين الدمين وقال قوم هي الدم نفسه وممن قال ان الاقراء هي الاطهار أما من فقهاء الامصار فمالك والشافعي وجمهور أهل المدينة وأبو ثور وجماعة وأما من الصحابة فابن عمر وزيد بن ثابت وعائشة وممن قال ان الاقراء هي الحيض أما من فقهاء الامصار فابو حنيفة والثوري والاوزاعي وابن أبي ليلى وجماعة وأما من الصحابة فعلي وعمر بن الخطاب وابن مسعود وأبو موسى الاشعري وحكى الاثرم عن أحمد انه قال الاكابر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقولون الاقراء هي الحيض . وحكى أيضاً عن الشعبي انه قول إحد عشر أو اثني عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم . وأما أحمد بن حنبل فاختلف الرواية عنه فروى عنه انه كان يقول انها الاطهار على قول زيد بن ثابت وابن عمر وعائشة ثم توقفت الآن من أجل قول علي وابن مسعود هو انها الحيض، والفرق بين المذهبين هو ان من رأى انها الاطهار انها اذا دخلت الرجعية عنده في الحيضة الثالثة لم يكن للزوج عليها رجعة وحلت للازواج ومن رأى انها الحيض لم تحل عنده حتى تنقضي الحيضة الثالثة ✡ وسبب الخلاف اشتراك اسم القرء فانه يقال في كلام العرب على حد سواء على الدم وعلى الاطهار وقد رام كلا الفريقين ان يدل على ان اسم القرء في الآية ظاهر في المعنى الذي يراه فالذين قالوا انها الاطهار قالوا ان هذا الجمع خاص بالقرء الذي هو الطهر وذلك ان القرء الذي هو الحيض يجمع على اقراء لا على قروء وحكوا ذلك عن ابن الانباري وأيضا فانهم قالوا ان الحيضة مؤنثة والطهر مذكر فلو كان القرء الذي يراد به الحيض لما ثبت في جمعه الهاء لان الهاء لا تثبت في جمع المؤنث فيمادون العشرة وقالوا أيضا الاشتقاق يدل على ذلك لان القرء مشتق من قرئت الماء في الحوض أي جمعته فزمان اجتماع الدم هو زمان الطهر فهذا هو أقوى ما تمسك به الفريق الاول من ظاهر الآية . وأما ما تمسك به الفريق الثاني من ظاهر الآية فانهم قالوا ان قوله تعالى (ثلاثة قروء) ظاهر في تمام كل قرء منها لانه ليس ينطلق اسم القرء على بعضه الا تجوزاً واذا وصفت الاقراء بانها هي الاطهار أمكن ان تكون العدة عندهم بقرأين وبعض قرء لانها عندهم تعتد بالطهر الذي تطلق فيه وان مضى أكثره واذا كان ذلك كذلك فلا ينطلق عليها اسم الثلاثة الا تجوزا واسم الثلاثة ظاهر في كمال كل قرء منها وذلك لا يتفق الا بأن تكون الاقراء هي الحيض لان الاجماع منعقد على انها ان طلقت في حيضة انها لا تعتد بها ولكل واحد من الفريقين احتجاجات متساوية من جهة لفظ القرء والذي رضيه الحذاق ان الآية مجملة في ذلك وان الدليل ينبغي أن يطلب من جهة أخرى فمن أقوى ما تمسك به من رأى ان الاقراء هي الاطهار حديث

ابن عمر المتقدم وقوله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم يطلقها ان شاء قبل أن يمسها فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء قالوا واجماعهم على أن طلاق السنة لايكون الا في طهر لم تمس فيه وقوله عليه الصلاة والسلام: فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء دليل واضح على أن العدة هي الاطهار لكي يكون الطلاق متصلا بالعدة ويمكن أن يتأول قوله فتلك العدة أى فتلك مدة استقبال العدة لئلا يتبعض القرء بالطلاق في الحيض وأقوى ما تمسك به الفريق الثاني أن العدة انما شرعت لبراءة الرحم وبراءتها انما تكون بالحيض لا بالاطهار ولذلك كان عدة من ارتفع الحيض عنها بالايام فالحيض هو سبب العدة بالاقراء فوجب أن تكون الاقراء هي الحيض * واحتج من قال الاقراء هى الاطهار بان قال المعتبر في براءة الرحم هو النقلة من الطهر الى الحيض لا انقضاء الحيض فلا معنى لاعتبار الحيضة الاخيرة واذا كان ذلك فالثلاث المعتبر فيهن التمام أعنى المشترط هى الاطهار التى بين الحيضتين ولكلا الفريقين احتجاجات طويلة ومذهب الحنفية أظهر من جهة المعنى وحجتهم من جهة المسموع متساوية أو قريب من متساوية ولم يختلف القائلون أن العدة هى الاطهار انها تنقضى بدخولها في الحيضة الثالثة . واختلف الذين قالوا انها الحيض فقيل تنقضى بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة وبه قال الاوزاعى وقيل حين تغتسل من الحيضة الثالثة وبه قال من الصحابة عمر بن الخطاب وعلى وابن مسعود ومن الفقهاء الثورى واسحق بن عبيد وقيل حتى يمضى وقت الصلاة التى طهرت في وقتها وقيل ان للزوج عليها الرجعة وان فرطت في الغسل عشرين سنة حكى هذا عن شريك وقد قيل تنقضى بدخولها في الحيضة الثالثة وهو ايضا شاذ فهذه هي حال الحائض التى تحيض . وأما التى تطلق فلا تحيض وهي في سن الحيض وليس هناك ريبة حمل ولا سبب من رضاع ولا مرض فانها تنتظر عند مالك تسعة أشهر فان لم تحض فيهن اعتدت بثلاثة اشهر فان حاضت قبل ان تستكمل الثلاثة الاشهر اعتبرت الحيض واستقبلت انتظاره فان مر بها تسعة اشهر قبل ان تحيض الثانية اعتدت ثلاثة اشهر فان حاضت قبل أن تستكمل الثلاثة الاشهر من العام الثانى انتظرت الحيضة الثالثة فان مر بها تسعة أشهر قبل ان تحيض اعتدت ثلاثة اشهر فان حاضت الثالثة في الثلاثة الاشهر كانت قد استكملت عدة الحيض وتمت عدتها ولزوجها عليها الرجعة مالم تحل . واختلف عن مالك من متى تعتد بالتسعة أشهر فقيل من يوم طلقت وهو قوله فى الموطأ وروى ابن القاسم عنه من يوم

رفعتها حيضتها وقال أبو حنيفة والشافعى والجمهور في التى ترفع حيضتها وهي لا تيأس منها في المستأنف انها تبقى أبدا تنتظر حتى تدخل في السن الذى تيأس فيه من المحيض وحينئذ تعتد بالاشهر او تحيض قبل ذلك وقول مالك مروى عن عمر بن الخطاب وابن عباس وقول الجمهور قول ابن مسعود وزيد وعمدة مالك من طريق المعنى هو ان المقصود بالعدة انما هو ما يقع به براءة الرحم ظناً غالبا بدليل انه قد تحيض الحامل واذا كان ذلك كذلك فمدة الحمل كافية في العلم ببراءة الرحم بل هي قاطعة على ذلك ثم تعتد بثلاثة أشهر عدة اليائسة فان حاضت قبل تمام السنة حكم لها بحكم ذوات الحيض واحتسبت بذلك القرء ثم تنتظر القرء الثانى او السنة الى أن تمضى لها ثلاثة اقراء . وأما الجمهور فصاروا الى ظاهر قوله تعالى (واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر) والتى هي من أهل الحيض ليست بيائسة وهذا الرأى فيه عسر وحرج ولو قيل أنها تعتد بثلاثة أشهر لكان جيدا اذا فهم من اليائسة التى لا يقطع بانقطاع حيضتها وكان قوله ان ارتبتم راجعا الى الحكم لا الى الحيض على ما تأوله مالك عليه فكان مالكا لم يطابق مذهبه تأويله الآية فانه فهم من اليائسة هنا من تقطع على أنها ليست من أهل الحيض وهذا لا يكون الا من قبل السن ولذلك جعل قوله ان ارتبتم راجعا الى الحكم لا الى الحيض أى ان شككتم في حكمهن ثم قال في التى تبقى تسعة لا تحيض وهى في سن من تحيض انها تعتد بالاشهر وأما اسماعيل وابن بكير من أصحابه فذهبوا الى أن الريبة ههنا في الحيض وان اليائس في كلام العرب هو ما لم يحكم عليه بما يئس منه بالقطع فطابقوا بتأويل الآية مذهبهم الذى هو مذهب مالك ونعم ما فعلوا لانه ان فهم ههنا من اليائس القطع فقد يجب ان تنتظر الدم وتعتد به حتى يكون في هذا السن اعنى سن اليائس وان فهم من اليائس ما لا يقطع بذلك فقد يجب ان تعتد التى انقطع دمها عن العادة وهي في سن من تحيض بالاشهر وهو قياس قول أهل الظاهر لان اليائسة فى الطرفين ليس هي عندهم من أهل العدة لا بالاقراء ولا بالشهور وأما الفرق فى ذلك بين ما قبل التسعة وما بعدها فاستحسان . وأما التى ارتفعت حيضتها لسبب معلوم مثل رضاع أو مرض فان المشهور عند مالك انها تنتظر الحيض قصر الزمان أم طال وقد قيل ان المريضة مثل التى ترتفع حيضتها لغير سبب . وأما المستحاضة فعدتها عند مالك سنة اذا لم تميز بين الدمين فان ميزت بين الدمين فعنه روايتان احداهما ان عدتها السنة والاخرى انها تعمل على التمييز فتعتد بالاقراء وقال ابو حنيفة عدتها الاقراء ان تميزت لها وإن لم تتميز لها فثلاثة أشهر وقال الشافعى عدتها بالتمييز اذا انفصل عنها الدم فيكون الاحمر القانى من الحيضة ويكون الاصفر من أيام الطهر فان طبق عليها الدم اعتدت

بعدد أيام حيضتها في صحتها وانما ذهب مالك الى بقاء السنة لانه جعلها مثل التى لاتحيض وهى من أهل الحيض والشافعى انما ذهب فى العارفة ايامها انها تعمل على معرفتها قياسا على الصلاة لقوله صلى الله عليه وسلم للمستحاضة : اتركى الصلاة أيام اقرائك فاذا ذهب عنك قدرها فاغسلى الدم وانما اعتبر التمييز من اعتبره لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت حبيش : اذا كان دم الحيض فانه دم أسود يعرف فاذا كان ذلك فامسكى عن الصلاة فاذا كان الآخر فتوضئى وصلى فانما هو عرق خرجه أبو داود وانما ذهب من ذهب الى عدتها بالشهور اذا اختلط عليها الدم لانه معلوم في الاغلب انها في كل شهر تحيض وقد جعل الله العدة بالشهور عند ارتفاع الحيض . وخفاؤه كارتفاعه . وأما المسترابة اعنى التى تجد حساً فى بطنها تظن به انه حمل فانها تمكث أكثر مدة الحمل . وقد اختلف فيه فقيل في المذهب أربع سنين وقيل خمس سنين وقال أهل الظاهر تسعة أشهر ولاخلاف ان انقضاء عدة الحوامل لوضع حملهن أعنى المطلقات لقوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وأما الزوجات غير الحرائر فانهن ينقسمن أيضا بتلك الاقسام بعينها أعنى حيضا ويائسات ومستحاضات ومرتفعات الحيض من غير يائسات . فاما الحيض اللاتى يأتيهن حيضهن فالجمهور على أن عدتهن حيضتان وذهب داود وأهل الظاهر الى ان عدتهن ثلاث حيض كالحرة وبه قال ابن سيرين فأهل الظاهر اعتمدوا عموم قوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء وهى ممن ينطلق عليها اسم المطلقة واعتمد الجمهور تخصيص هذا العموم بقياس الشبه وذلك انهم شبهوا الحيض بالطلاق والحد أعنى كونه متنصفا مع الرق وانما جعلوها حيضتين لان الحيضة الواحدة لاتتبعض . وأما الامة المطلقة اليائسة من المحيض أو الصغيرة فان مالكا وأكثر أهل المدينة قالوا عدتها ثلاثة أشهر وقال الشافعى وأبوحنيفة والثورى وأبو ثور وجماعة عدتها شهر ونصف شهر نصف عدة الحرة وهو القياس اذا قلنا بتخصيص العموم فكان مالكا اضطرب قوله فمرة أخذ بالعموم وذلك في اليائسات ومرة أخذ بالقياس وذلك في ذوات الحيض والقياس في ذلك واحد ، وأما التى ترتفع حيضتها من غير سبب فالقول فيها هو القول في الحرة والخلاف في ذلك وكذلك المستحاضة . واتفقوا على أن المطلقة قبل الدخول لاعدة عليها . واختلفوا فيمن راجع امرأته في العدة من الطلاق الرجعى ثم فارقها قبل أن يمسها هل تستأنف عدة أم لا فقال جمهور فقهاء الامصار تستأنف العدة وقالت فرقة تبقى في عدتها من طلاقها الاول وهو أحد قولى الشافعى وقال داود ليس عليها أن تتم عدتها ولاعدة مستأنفة وبالجملة فعند مالك ان كل رجعة تهدم العدة

وان لم يكن مسيس ماخلا رجعة المولى وقال الشافعى اذا طلقها بعد الرجعة وقبل الوطء ثبتت على عدتها الاولى وقول الشافعى أظهر وكذلك عند مالك رجعة المعسر بالنفقة تقف صحتها عنده على الانفاق فان أنفق صحت الرجعة وهدمت العدة ان كان طلاقا وان لم ينفق بقيت على عدتها الاولى واذا تزوجت ثانيا في العدة فمن مالك في ذلك روايتان ، احداها تداخل العدتين ، والاخرى نفيه فوجه الاولى اعتبار براءة الرحم لان ذلك حاصل مع التداخل ووجه الثانية كون العده عبادة فوجب أن تتعدد بتعدد الوطء الذى له حرمة واذا عتقت الامة في عدة الطلاق مضت على عدة الامة عند مالك ولم تنتقل الى عدة الحرة وقال أبو حنيفة تنتقل فى الطلاق الرجعى دون البائن وقال الشافعى تنتقل فى الوجهين معا ✡ وسبب الخلاف هل العدة من أحكام الزوجية ام من أحكام انفصالها فمن قال من أحكام الزوجية قال لاتنتقل عدتها ومن قال من أحكام انفصال الزوجية قال تنتقل كما لو أعتقت وهى زوجة ثم طلقت . وأما من فرق بين البائن والرجعى فبين وذلك ان الرجعى فيه شبه من احكام العصمة ولذلك وقع فيه الميراث باتفاق اذا مات وهى في عدة طلاق رجعى وانها تنتقل الى عدة الموت فهذا هو القسم الاول من قسمى النظر في العدة .

القسم الثانى

وأما النظر في أحكام العدد فانهم اتفقوا على أن للمعتدة الرجعية النفقة والسكنى وكذلك الحامل لقوله تعالى في الرجعيات (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) الاية ولقوله تعالى (وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن) واختلفوا في سكنى المبتوتة ونفقتها إذا لم تكن حاملا على ثلاثة أقوال أحدها أن لها السكنى والنفقة وهو قول الكوفيين والقول الثانى أنه لاسكنى لها ولانفقة وهو قول أحمد وداود وأبى ثور واسحاق وجماعة والثالث أن لها السكنى ولانفقة لها وهو قول مالك والشافعى وجماعة * وسبب اختلافهم اختلاف الرواية في حديث فاطمة بنت قيس ومعارضة ظاهر الكتاب له فاستدل من لم يوجب لها نفقة ولاسكنى بما روى فى حديث فاطمة بنت قيس انها قالت طلقنى زوجى ثلاثا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فلم يجعل لى سكنى ولانفقة خرجه مسلم وفى بعض الروايات أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : انما السكنى والنفقة لمن لزوجها عليها الرجعة وهذا القول مروى عن على وابن عباس وجابر بن عبد الله وأما الذين أوجبوا لها السكنى دون النفقة فانهم احتجوا بما رواه مالك في موطئه من

حديث فاطمة المذكورة وفيه فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس لك عليه نفقة وأمرها أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم ولم يذكر فيها اسقاط السكنى فبقى على عمومه في قوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وعللوا أمره عليه الصلاة والسلام لها بان تعتد فى بيت ابن أم مكتوم بانه كان في لسانها بذاء وأما الذين أوجبوا لها السكنى والنفقة فصاروا الى وجوب السكنى لها بعموم قوله (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) وصاروا الى وجوب النفقة لها لكون النفقة تابعة لوجوب الاسكان في الرجعية وفي الحامل وفي نفس الزوجية وبالجملة فحيثما وجبت السكنى فى الشرع وجبت النفقة وروى عن عمر أنه قال في حديث فاطمة هذا لا ندع كتاب نبينا وسنته لقول امرأة يريد قوله تعالى (أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم) الآية ولان المعروف من سنته عليه الصلاة والسلام انه أوجب النفقة من حيث تجب السكنى فلذلك الاولى في هذه المسئلة اما ان يقال ان لها الامرين جميعا مصيرا الى ظاهر الكتاب والمعروف من السنة واما أن يخصص هذا العموم بحديث فاطمة المذكور . وأما التفريق بين ايجاب النفقة والسكنى فعسير ووجه عسره ضعف دليله وينبغى ان تعلم أن المسلمين اتفقوا على ان العدة تكون في ثلاثة أشياء في طلاق او موت او اختيار الامة نفسها اذا أعتقت . واختلفوا فيها في الفسوخ والجمهور على وجوبها. ولما كان الكلام في العدة يتعلق فيه احكام عدة الموت رأينا أن نذكرها هنا فنقول ان المسلمين اتفقوا على أن عدة الحرة من زوجها الحر أربعة أشهر وعشر لقوله تعالى (يتربصن بانفسهن أربعة أشهر وعشراً) . واختلفوا فى عدة الحامل وفي عدة الامة اذا لم تأتها حيضتها في الاربعة الاشهر وعشر ماذا حكمها فذهب مالك الى أن من شرط تمام هذه العدة ان تحيض حيضة واحدة فى هذه المدة فان لم تحض فهى عنده مسترابة فتمكث مدة الحمل وقيل عنه انها قد لاتحيض وقد لا تكون مسترابة وذلك اذا كانت عادتها في الحيض أكثر من مدة العدة وهذا اما غير موجود أعنى من تكون عادتها ان تحيض من أكثر من اربعة أشهر الى أكثر من أربعة أشهر واما نادر . واختلف عنه فيمن هذه حالها من النساء اذا وجدت فقيل تنتظر حتى تحيض وروى عنه ابن القاسم تتزوج اذا انقضت عدة الوفاة ولم يظهر بها حمل وعلى هذا جمهور فقهاء الامصار أبى حنيفة والشافعى والثورى.

(وأما المسئلة الثانية) وهي الحامل التى يتوفي عنها زوجها فقال الجمهور وجميع فقهاء الامصار عدتها أن تضع حملها مصيراً الى عموم قوله تعالى (وأولات الاحمال أجلهن أن

يضعن حملهن) وان كانت الاية في الطلاق وأخذاً أيضا بحديث أم سلمة ان سبيعة الاسلمية ولدت بعد وفاة زوجها بنصف شهر وفيه فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها : قد حللت فانكحي من شئت وروى مالك عن ابن عباس أن عدتها آخر الاجلين يريد أنها تعتد بأبعد الاجلين اما الحمل واما انقضاء المدة عدة الموت وروى مثل ذلك عن علي بن ابى طالب رضى الله عنه والحجة لهم ان ذلك هو الذى يقتضيه الجمع بين عموم آية الحوامل وآية الوفاة . واما الامة المتوفي عنها من تحل له فانها لا تخلو أن تكون زوجة أو ملك يمين او أم ولد او غير ام ولد فاما الزوجة فقال الجمهور أن عدتها نصف عدة الحرة قاسوا ذلك على العدة وقال أهل الظاهر بل عدتها عدة الحرة وكذلك عندهم عدة الطلاق مصيراً الى التعميم . وأما ام الولد فقال مالك والشافعى وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة عدتها حيضة وبه قال ابن عمر، وقال مالك وان كانت ممن لا تحيض اعتدت ثلاثة اشهر ولها السكنى ؛ وقال ابو حنيفة واصحابه والثورى عدتها ثلاث حيض وهو قول علي وابن مسعود وقال قوم عدتها نصف عدة الحرة المتوفي عنها زوجها وقال قوم عدتها عدة الحرة اربعة اشهر وعشرا وحجة مالك انها ليست زوجة فتعتد عدة الوفاة ولا مطلقة فتعتد ثلاث حيض فلم يبق الا استبراء رحمها وذلك يكون بحيضة تشبيها بالامة يموت عنها سيدها وذلك ما لا خلاف فيه وحجة أبى حنيفة ان العدة انما وجبت عليها وهي حرة وليست بزوجة فتعتد عدة الوفاة ولا بامة فتعتد عدة أمة فوجب أن تستبرىء رحمها بعدة الاحرار . وأما الذين اوجبوا لها عدة الوفاة فاحتجوا بحديث روى عن عمرو بن العاص قال : لا تلبسوا علينا سنة نبينا عدة أم الولد اذا توفي عنها سيدها أربعة اشهر وعشر وضعف أحمد هذا الحديث ولم ياخذ به . وأما من أوجب عليها نصف عدة الحرة فتشبيها بالزوجة الامة ✩ فسبب الخلاف انها مسكوت عنها وهي مترددة الشبه بين الامة والحرة وأما من شبهها بالزوجة الامة فضعيف وأضعف منه من شبهها بعدة الحرة المطلقة وهو مذهب ابى حنيفة .

✩(الباب الثانى في المتعة)✩

والجمهور على أن المتعة ليست واجبة في كل مطلقة وقال قوم من أهل الظاهر هي واجبة في كل مطلقة وقال قوم هي مندوب اليها وليست واجبة وبه قال مالك والذين قالوا بوجوبها في بعض المطلقات اختلفوا فى ذلك فقال ابو حنيفة هي واجبة على من طلق قبل الدخول ولم يفرض لها صداقا مسمى وقال الشافعى هي واجبة لكل مطلقة اذا كان الفراق من قبله الا

التى سمى لها وطلقت قبل الدخول وعلى هـذا جمهور العلماء ، واحتج أبو حنيفة بقوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا) فاشترط المتعة مع عدم المسيس وقال تعالى (وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) فعلم انه لامتعة لها مع التسمية والطلاق قبل المسيس لانه اذالم يجب لهاالصداق فاحرى ان تجب لها المتعة وهذا لعمرى مخيل لانه حيث لم يجب لها صداق أقيمت المتعة مقامه وحيث ردت من يدهانصف الصداق لم يجب لها شيء . وأما الشافعى فيحمل الاوامر الواردة بالمتعة في قوله تعالى (ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) على العموم في كل مطلقة الا التى سمى لها وطلقت قبل الدخول . وأما أهل الظاهر فحملوا الامر على العموم والجمهور على ان المختلعة لا متعة لها لكونها معطية من يدها كالحال في التى طلقت قبل الدخول وبعد فرض الصداق وأهل الظاهر يقولون هو شرع فتأخذ وتعطى . وأما مالك فانه حمل الامر بالمتعة على الندب لقوله تعالى في آخر الآية (حقا على المحسنين) أى على المتفضلين المتجملين وما كان من باب الاجمال والاحسان فليس بواجب ، واختلفوا في المطلقة المعتدة هل عليها احداد فقال مالك ليس عليها احداد .

(باب في بعث الحكمين)

اتفق العلماء على جواز بعث الحكمين اذا وقع التشاجر بين الزوجين وجهلت احوالهما فى التشاجر أعنى المحق من المبطل لقوله تعالى (وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها) الآية وأجمعوا على ان الحكمين لا يكونان الا من اهل الزوجين ، احدهما من قبل الزوج ، والآخر من قبل المراة الا ان لايوجد في اهلهما من يصلح لذلك فيرسل من غيرهما وأجمعوا على أن الحكمين اذا اختلفا لم ينفذ قولهما وأجمعوا على أن قولهما في الجمع بينهما نافذ بغير توكيل من الزوجين . واختلفوا في تفريق الحكمين بينهما اذا اتفقا على ذلك هل يحتاج الى اذن من الزوج او لايحتاج الى ذلك فقال مالك وأصحابه يجوز قولهما في الفرقة والاجتماع بغير توكيل الزوجين ولا أذن منهما في ذلك وقال الشافعى وأبو حنيفة وأصحابهما ليس لهما ان يفرقا الا ان يجعل الزوج اليهما التفريق . وحجة مالك مارواه من ذلك عن على بن أبى طالب انه قال في الحكمين اليهما التفرقة بين الزوجين والجمع وحجة الشافعى وأبى حنيفة ان الاصل ان الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج أو من يوكله الزوج . واختلف أصحاب

مالك في الحكمين يطلقان ثلاثا فقال ابن القاسم تكون واحدة وقال أشهب والمغيرة تكون ثلاثا ان طلقاها ثلاثا والاصل ان الطلاق بيد الرجل الا أن يقوم دليل على غير ذلك وقد احتج الشافعي وأبو حنيفة بما روى في حديث على هذا انه قال للحكمين هل تدريان ما عليكما ان رأيتما أن تجمعا جمعتما وان رأيتما ان تفرقا فرقتما فقالت المرأة رضيت بكتاب الله وبما فيه الى وعلى فقال الرجل اما الفرقة فلا فقال على لا والله لاتنقلب حتى تقر بمثل ماقرأت به المرأة قال فاعتبر في ذلك اذنه ومالك يشبه الحكمين بالسلطان والسلطان يطلق بالضرر عند مالك اذا تبين .

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

(كتاب الايلاء)

والاصل في هذا الباب قوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) والايلاء هو أن يحلف الرجل أن لايطأ زوجته اما مدة هي أكثر من أربعة أشهر أو أربعة أشهر أو باطلاق على الاختلاف المذكور في ذلك فيما بعد . واختلف فقهاء الامصار في الايلاء في مواضع فمنها هل تطلق المرأة بانقضاء الاربعة الاشهر المضروبة بالنص للمولى أم انما تطلق بان توقف بعد الاربعة الاشهر فاما فاء واما طلق ومنها هل الايلاء يكون بكل يمين أم بالايمان المباحة في الشرع فقط ومنها ان أمسك عن الوطء بغير يمين هل يكون موليا أم لا ومنها هل المولى هو الذى قيد يمينه بمدة من أربعة أشهر فقط أو أكثر من ذلك أو المولى هو الذى لم يقيد يمينه بمدة أصلا ومنها هل طلاق الايلاء بائن أو رجعي ومنها ان أبى الطلاق والفيء هل يطلق القاضي عليه أم لا ومنها هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها من غير ايلاء حادث في الزواج الثاني ومنها هل من شرط رجعة المولى ان يطأها في العدة أم لا ومنها هل ايلاء العبد حكمه ان يكون مثل ايلاء الحر أم لا ومنها هل اذا طلقها بعد انقضاء مدة الايلاء تلزمها عدة أم لا فهذه هي مسائل الخلاف المشهورة في الايلاء بين فقهاء الامصار التى تتنزل من هذا الباب منزلة الاصول ونحن نذكر خلافهم في مسئلة مسئلة منها وعيون

أدلتهم وأسباب خلافهم على ماقصدنا

(المسألة الاولى) أما اختلافهم هل تطلق بانقضاء الاربعة الاشهر نفسها أم لا تطلق وانما الحكم أن يوقف فاما فاء واما طلق فان مالكا والشافعى وأحمد وأبا ثور وداود والليث ذهبوا الى أنه يوقف بعد انقضاء الاربعة الاشهر فاما فاء واما طلق وهو قول على وابن عمر وان كان قد روى عنهما غير ذلك لكن الصحيح هو هذا وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثورى وبالجملة الكوفيون الى ان الطلاق يقع بانقضاء الاربعة الاشهر الا أن يفىء فيها وهو قول ابن مسعود وجماعة من التابعين ☆ وسبب الخلاف هل قوله تعالى (فان فاؤا فان الله غفور رحيم) أى فان فاءوا قبل انقضاء الاربعة الاشهر أو بعدها فمن فهم منه قبل انقضائها قال يقع الطلاق ومعنى العزم عنده في قوله تعالى (وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) ان لا يفىء حتى تنقضى المدة فمن فهم من اشتراط الفيئة اشتراطها بعد انقضاء المدة قال معنى قوله (وإن عزموا الطلاق) أى باللفظ (فان الله سميع عليم) وللمالكية في الآية أربعة أدلة ، أحدها أنه جعل مدة التربص حقا للزوج دون الزوجة فاشبهت مدة الاجل في الديون المؤجلة ، الدليل الثانى أن الله تعالى أضاف الطلاق الى فعله وعندهم ليس يقع من فعله الا تجوزا أعنى ليس ينسب اليه على مذهب الحنفية الا تجوزا وليس يصار الى المجاز عن الظاهر الا بدليل ، الدليل الثالث قوله تعالى (وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم) قالوا فهذا يقتضى وقوع الطلاق على وجه يسمع وهو وقوعه باللفظ لا بانقضاء المدة : الرابع ان الفاء فى قوله تعالى (فان فاؤا فان الله غفور رحيم) ظاهرة في معنى التعقيب فدل ذلك على أن الفيئة بعد المدة وربما شبهوا هذه المدة بمدة العنة . وأما ابو حنيفة فانه اعتمد في ذلك تشبيه هذه المدة بالعدة الرجعية اذ كانت العدة انما شرعت لئلا يقع منه ندم وبالجملة فشبهوا الايلاء بالطلاق الرجعى وشبهوا المدة بالعدة وهو شبه قوى وقد روى ذلك عن ابن عباس.

(المسئلة الثانية) واما اختلافهم فى اليمين التى يكون بها الايلاء فان مالكا قال يقع الايلاء بكل يمين وقال الشافعى لا يقع الا بالايمان المباحة في الشرع وهي اليمين بالله أو بصفة من صفاته فمالك اعتمد العموم اعنى عموم قوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) والشافعى يشبه الايلاء بيمين الكفارة وذلك ان كلا اليمينين يترتب عليهما حكم شرعى فوجب ان تكون اليمين التى ترتب عليها حكم الايلاء هى اليمين التى يترتب عليها الحكم الذى هو الكفارة

(المسألة الثالثة) واما لحوق حكم الايلاء للزوج اذا ترك الوطء بغير يمين فان

الجمهور على أنه لا يلزمه حكم الايلاء بغير يمين ومالك يلزمه وذلك اذا قصد الاضرار بترك الوطء وان لم يحلف على ذلك فالجمهور اعتمدوا الظاهر ومالك اعتمد المعنى لان الحكم انما لزمه باعتقاده ترك الوطء وسواء شد ذلك الاعتقاد بيمين أو بغير يمين لان الضرر يوجد فى الحالتين جميعا.

(المسألة الرابعة) وأما اختلافهم في مدة الايلاء فان مالكا ومن قال بقوله يرى ان مدة الايلاء يجب أن تكون أكثر من أربعة أشهر اذ كان الفئ عنده انما هو بعد الاربعة الاشهر وأما أبو حنيفة فان مدة الايلاء عنده هى الاربعة الاشهر فقط اذ كان الفيء عنده انما هو فيها وذهب الحسن وابن أبى ليلى الى أنه اذا حلف وقتاً ما وان كان أقل من أربعة أشهر كان موليا يضرب له الاجل الى انقضاء الاربعة الاشهر من وقت اليمين وروى عن ابن عباس ان المولى هو من حلف أن لا يصيب امرأته على التأبيد ✡ والسبب في اختلافهم في المدة اطلاق الآية فاختلافهم في وقت الفئ وفي صفة اليمين ومدته هو كون الآية عامة في هذه المعانى أو مجملة وكذلك اختلافهم في صفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق على ما سيأتى بعد . وأما سوى ذلك فسبب اختلافهم فيه هو سبب السكوت عنها وهذه هى أركان الايلاء أعنى معرفة نوع اليمين ووقت الفئ والمدة وصفة المولى والمولى منها ونوع الطلاق الواقع فيه.

(المسألة الخامسة) فاما الطلاق الذى يقع بالايلاء فعند مالك والشافعى أنه رجعى لان الاصل ان كل طلاق وقع بالشرع انه يجب ان يحمل على انه رجعى الى ان يدل الدليل على انه بائن وقال أبو حنيفة وابو ثور هو بائن قالوا وذلك انه ان كان رجعياً لم يزل الضرر عنها بذلك لانه يجبرها على الرجعة ✡ وسبب الخلاف معارضة المصلحة المقصودة بالايلاء للاصل المعروف في الطلاق فمن غلب الاصل قال رجعى ومن غلب المصلحة قال بائن.

(المسئلة السادسة) واما هل يطلق القاضى اذا أبى الفئ أو الطلاق او يحبس حتى يطلق فان مالكا قال يطلق القاضى عليه وقال أهل الظاهر يحبس حتى يطلقها بنفسه ✡ وسبب الخلاف معارضة الاصل المعروف فى الطلاق المصلحة فمن راعى الاصل المعروف في الطلاق قال لا يقع طلاق الا من الزوج ومن راعى الضرر الداخل من ذلك على النساء قال يطلق السلطان وهو نظر الى المصلحة العامة وهذا هو الذى يعرف بالقياس المرسل والمنقول عن مالك العمل به وكثير من الفقهاء يأبى ذلك.

(المسألة السابعة) واما هل يتكرر الايلاء اذا طلقها ثم راجعها فان مالكا يقول اذا راجعها فلم يطأها تكرر الايلاء عليه وهذا عنده في الطلاق الرجعى والبائن وقال ابو حنيفة الطلاق

البائن يسقط الايلاء وهو أحد قولي الشافعي وهذا القول هو الذي اختاره المزني وجماعة العلماء على ان الايلاء لا يتكرر بعد الطلاق الا باعادة اليمين * والسبب في اختلافهم معارضة المصلحة لظاهر شرط الايلاء وذلك انه لا ايلاء في الشرع الا حيث يكون يمين في ذلك النكاح بنفسه لا في نكاح آخر ولكن ان رعينا هذا وجد الضرر المقصود ازالتـه بحكم الايلاء ولذلك راى مالك انه يحكم بحكم الايلاء بغير يمين اذا وجد معنى الايلاء.

(المسئلة الثامنة) وأما هـل تلزم الزوجـة المولى منهـا عدة أو ليس تلزمها فان الجمهور على ان العـدة تلزمها وقال جابر بن زيد لا تلزمها عـدة اذا كانت قد حاضت في مـدة الاربعة اشهر ثلاث حيض وقال بقوله طائفـة وهو مروى عن ابن عباس وحجته ان العدة انما وضعت لبراءة الرحم وهـذه قد حصلت لها البراءة وحجة الجمهور انها مطلقة فوجب ان تعتد كسائر المطلقات وسبب الخلاف ان العدة جمعت عبادة ومصلحة فمن لحظ جانب المصلحة لم ير عليها عدة ومن لحظ جانب العبادة أوجب عليها العدة .

(المسئلة التاسعة) وأما إيلاء العبد فان مالكا قال ايلاء العبـد شهران على النصف من ايلاء الحر قياسا على حدوده وطلاقه وقال الشافعي وأهـل الظاهر ايلاؤه مثل ايلاء الحر أربعة أشهر تمسكا بالعموم والظاهر ان تعلق الايمـان بالحر والعبد سواء والايلاء يمين وقياساً أيضا على مدة العنـين وقال أبو حنيفة النقص الداخل على الايلاء معتبر بالنساء لا بالرجال كالعدة فان كانت المرأة حرة كان الايلاء ايلاء الحر وان كان الزوج عبداً وان كانت أمة فعلى النصف وقياس الايلاء على الحد غير جيد وذلك ان العبد انما كان حده أقل من حد الحر لان الفاحشة منه أقل قبحا ومن الحر أعظم قبحاً ومدة الايلاء انما ضربت جمعا بين التوسعة على الزوج وبين ازالة الضرر عن الزوجة فاذا فرضنا مدة أقصر من هذه كان أضيق على الزوج وأنفى للضرر عن الزوجة والحر أحق بالتوسعة ونفي الضرر عنه فلذلك كان يجب على هذا القياس أن لا ينقص من الايلاء الا اذا كان الزوج عبداً والزوجة حرة فقط وهذا لم يقل به أحد فالواجب التسوية والذين قالوا بتأثير الرق في مدة الايلاء اختلفوا في زوال الرق بعد الايلاء هل ينتقل الى ايلاء الاحرار أم لا فقال مالك لا ينتقل من ايلاء العبيـد الى ايلاء الاحرار وقال أبو حنيفة ينتقل فعنده ان الامة اذا عتقت وقد آلى زوجها منها انتقلت الى ايلاء الاحرار وقال ابن القاسم الصغيرة التي لا يجامع مثلها لا ايلاء عليها فان وقع وتمادى حسبت الاربعة الاشهر من يوم بلغت وانما قال ذلك لانه لا ضرر عليها في ترك الجماع

وقال أيضا لا ايلاء على خصى ولا على من لا يقدر على الجماع .

(المسئلة العاشرة) وأما هل من شرط رجعة المولى ان يطأ في العدة أم لا فان الجمهور ذهبوا الى أن ذلك ليس من شرطها واما مالك فانه قال اذا لم يطأ فيها من غير عذر مرض أو ما أشبه ذلك فلا رجعة عنده له عليها وتبقى على عدتها ولا سبيل له اليها اذا انقضت العدة وحجة الجمهور انه لا يخلو أن يكون الايلاء يعود برجعته اياها في العدة أو لا يعود فان عاد لم يعتبر واستؤنف الايلاء من وقت الرجعة أعنى بحسب مدة الايلاء من وقت الرجعة وان لم يعد الايلاء لم يعتبر أصلا الا على مذهب من يرى ان الايلاء يكون بغير يمين وكيفما كان فلا بد من اعتبار الاربعة الاشهر من وقت الرجعة . وأما مالك فانه قال كل رجعة من طلاق كان لرفع ضرر فان صحة الرجعة معتبرة فيه بزوال ذلك الضرر وأصله المعسر بالنفقة اذا طلق عليه ثم ارتجع فان رجعته تعتبر صحتها بيساره ☆ فسبب الخلاف قياس الشبه وذلك ان من شبه الرجعة بابتداء النكاح أوجب فيها تجدد الايلاء ومن شبه هذه الرجعة برجعة المطلق لضرر لم يرتفع منه ذلك الضرر قال يبقى على الاصل

﴿ كتاب الظهار ﴾

والاصل في الظهار الكتاب والسنة فاما الكتاب فقوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة) الآية . وأما السنة فحديث خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهر منى زوجى أوس بن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو اليه ورسول الله يجادلنى فيه ويقول اتق الله فانه ابن عمك فما خرجت حتى أنزل الله (قد سمع الله قول التى تجادلك في زوجها وتشتكى الى الله والله يسمع تحاوركما) الآيات فقال ليعتق رقبة قالت لا يجد قال فيصوم شهرين متتابعين قالت يارسول الله انه شيخ كبير مابه من صيام قال فليطعم ستين مسكينا قالت ماعنده من شيء يتصدق به قال فانى ساعينه بعرق من تمر قالت وأنا اعينه بعرق آخر قال لقد أحسنت اذ هبى فاطعمى عنه ستين مسكينا خرجه أبو داود وحديث سلمة بن صخر البياضى عن النبى صلى الله عليه وسلم والكلام في أصول الظهار ينحصر في سبعة فصول . منها فى ألفاظ الظهار . ومنها في شرط وجوب الكفارة فيه . ومنها فيمن يصح فيه الظهار . ومنها فيما يحرم على المظاهر . ومنها هل يتكرر الظهار بتكرر النكاح . ومنها هل الايلاء عليه ، ومنها القول في أحكام كفارة الظهار .

﴿ الفصل الاول ﴾

واتفق الفقهاء على ان الرجل اذا قال لزوجته أنت على كظهر أمي انه ظهار واختلفوا اذا ذكر عضوا غير الظهر أو ذكر ظهر من تحرم عليه من المحرمات النكاح على التأبيد غير الام فقال مالك هو ظهار وقال جماعة من العلماء لايكون ظهاراً إلا بلفظ الظهر والام وقال أبوحنيفة يكون بكل عضو يحرم النظر اليه * وسبب اختلافهم معارضة المعنى للظاهر وذلك ان معنى التحريم تستوى فيه الام وغيرها من المحرمات والظهر وغيره من الاعضاء. وأما الظاهر من الشرع فانه يقتضى ان لايسمى ظهاراً الا ماذكر فيه لفظ الظهر والام. وأما اذا قال هي على كامى ولم يذكر الظهر فقال أبو حنيفة والشافعي ينوى فى ذلك لانه قد يريد بذلك الاجلال لها وعظم منزلتها عنده وقال مالك هو ظهار. وأما من شبه زوجته باجنبية لاتحرم عليه على التأبيد فانه ظهار عند مالك وعند ابن الماجشون ليس بظهار ✫ وسبب الخلاف هل تشبيه الزوجة بحرمة غير مؤبدة التحريم كتشبيهها بمؤبدة التحريم.

﴿ الفصل الثانى ﴾

وأما شروط وجوب الكفارة فان الجمهور على انها لاتجب دون العود وشذ مجاهد وطاوس فقالا تجب دون العود. ودليل الجمهور قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة) وهو نص في معنى وجوب تعلق الكفارة بالعود وأيضا فمن طريق القياس فان الظهار يشبه الكفارة في اليمين فكما ان الكفارة انما تلزم بالمخالفة أو بارادة المخالفة كذلك الامر في الظهار وحجة مجاهد وطاوس انه معنى يوجب الكفارة العليا فوجب ان يوجبها بنفسه لا بمعنى زائد تشبيها بكفارة القتل والفطر وأيضا فانهم قالوا انه كان طلاق الجاهلية فنسخ تحريمه بالكفارة وهو معنى قوله تعالى (ثم يعودون لما قالوا) والعود عندهم هو العود في الاسلام فاما القائلون باشتراط العود في ايجاب الكفارة فانهم اختلفوا فيه ماهو فعن مالك في ذلك ثلاث روايات، احداهن أن العود هو ان يعزم على امساكها والوطء معا، والثانية ان يعزم على وطئها فقط وهي الرواية الصحيحة المشهورة عند أصحابه وبه قال أبو حنيفة وأحمد، والرواية الثالثة ان العود هو نفس الوطء وهى أضعف الروايات عند أصحابه، وقال الشافعي العود هو الامساك نفسه قال ومن مضى له زمان

يمكنه ان يطلق فيه ولم يطلق ثبت أنه عائد ولزمته الكفارة لان اقامته زمانا يمكنه ان يطلق فيه من غير ان يطلق يقوم مقام ارادة الامساك منه أو هو دليل ذلك وقال داود وأهل الظاهر العود هو ان يكرر لفظ الظهار ثانية ومتى لم يفعل ذلك فليس بعائد ولا كفارة عليه فدليل الرواية المشهورة لمالك تنبنى على أصلين ، أحدهما ان المفهوم من الظهار هو ان وجوب الكفارة فيه انما يكون بارادته العودة الى ماحرم على نفسه بالظهار وهو الوطء واذا كان ذلك كذلك وجب ان تكون العودة هى اما الوطء نفسه . واما العزم عليه وارادته والاصل الثانى انه ليس يمكن ان يكون العود نفسه هو الوطء لقوله تعالى فى الآية (فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا) ولذلك كان الوطء محرما حتى يكفر قالوا ولو كان العود نفسه الامساك لكان الظهار نفسه يحرم الامساك فكان الظهار يكون طلاقا وبالجملة فالمعول عندهم في هذه المسئلة هو الطريق الذى يعرفه الفقهاء بطريق السبر والتقسيم وذلك ان معنى العود لا يخلو ان يكون تكرار اللفظ على مايراه داود أو الوطء نفسه أو الامساك نفسه أو ارادة الوطء ولا يكون تكراراً للفظ لان ذلك تأكيد وتأكيد لايوجب الكفارة ولا يكون له ارادة الامساك للوطء فان الامساك موجود بعد فقد بقى ان يكون ارادة الوطء وان كان ارادة الامساك للوطء فقد أراد الوطء فثبت ان العود هو الوطء ومعتمد الشافعية في اجرائهم ارادة الامساك أو الامساك مجرى ارادة الوطء ان الامساك يلزم عنه الوطء فجعلوا لازم الشيء مشبها بالشيء وجعلوا حكمها واحداً وهو قريب من الرواية الثانية وربما استدلت الشافعية على ان ارادة الامساك هو السبب في وجوب الكفارة أن الكفارة ترتفع بارتفاع الامساك وذلك اذا طلق أثر الظهار ولهذا احتاط مالك في الرواية الثانية فجعل العودة هو ارادة الامرين جميعا أعنى الوطء والامساك . وأما ان يكون العود الوطء فضعيف ومخالف للنص والمعتمد فيها تشبيه الظهار باليمين أى كما أن كفارة اليمين انما تجب بالحنث كذلك الامر ههنا وهو قياس شبه عارضه النص . وأما داود فانه تعلق بظاهر اللفظ في قوله تعالى (ثم يعودون لماقالوا) وذلك يقتضى الرجوع الى القول نفسه وعند أبى حنيفة انه العود في الاسلام الى ماتقدم من ظهارهم فى الجاهلية وعند مالك والشافعى ان المعنى في الآية ثم يعودون فيما قالوا ✡ وسبب الخلاف بالجملة انما هو مخالفة الظاهر للمفهوم فمن اعتمد المفهوم جعل العودة ارادة الوطء أو الامساك وتأول معنى اللام في قوله تعالى (ثم يعودون لماقالوا) بمعنى فيه . وأما من اعتمد الظاهر فانه جعل العودة تكريرا للفظ وأن العودة الثانية انما هي ثانية للاولى التى كانت منهم في الجاهلية ومن تأول أحد هذين فالاشبه له ان يعتقد ان بنفس الظهار تجب الكفارة كما اعتقد ذلك

مجاهد الا ان يقدر في الآية محذوفاً وهو ارادة الامساك فهنا اذاً ثلاثة مذاهب . اما ان تكون العودة هي تكرار اللفظ ، واما ان تكون ارادة الامساك ، واما ان تكون العودة هي التي في الاسلام وهذان ينقسمان قسمين أعني الاول والثالث ، أحدهما ان يقدر في الآية محذوفاً وهو ارادة الامساك فيشترط هذه الارادة في وجوب الكفارة . واما ان لا يقدر فيهما محذوفاً فتجب الكفارة بنفس الظهار . واختلفوا من هذا الباب في فروع وهو هل اذا طلق قبل ارادة الامساك أو ماتت عنه زوجته هل تكون عليه كفارة أم لا فجمهور العلماء على ان لا كفارة عليه الا ان يطلق بعد ارادة العودة أو بعد الامساك بزمان طويل على مايراه الشافعي وحكي عن عثمان البتي ان عليه الكفارة بعد الطلاق وانها اذا ماتت قبل ارادة العودة لم يكن له سبيل الى ميراثها الا بعد الكفارة وهذا شذوذ مخالف للنص والله أعلم .

الفصل الثالث

واتفقوا على لزوم الظهار من الزوجة التي في العصمة واختلفوا في الظهار من الامة ومن التي في غير العصمة وكذلك اختلفوا في ظهار المرأة من الرجل . فأما الظهار من الامة فقال مالك والثوري وجماعة الظهار منها لازم كالظهار من الزوجة الحرة وكذلك المدبرة وأم الولد ، وقال الشافعي وأبو حنيفة وأحمد وأبو ثور لا ظهار من أمة وقال الاوزاعي ان كان يطأ أمته فهو منها مظاهر وان لم يطأها فهي يمين وفيها كفارة يمين ، وقال عطاء هو مظاهر لكن عليه نصف كفارة فدليل من أوقع ظهار الامة عموم قوله تعالى « والذين يظاهرون من نسائهم » والاماء من النساء وحجة من لم يجعله ظهاراً انهم قد أجمعوا ان النساء في قوله تعالى « للذين يولون من نسائهم تربص أربعة أشهر » هن ذوات الازواج فكذلك اسم النساء في آية الظهار ✡ فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه للعموم أعني تشبيه الظهار بالايلاء وعموم لفظ النساء أعني ان عموم اللفظ يقتضي دخول الاماء في الظهار وتشبيهه بالايلاء يقتضي خروجهن من الظهار . وأما هل من شرط الظهار كون المظاهر منها في العصمة أم لا فمذهب مالك ان ذلك ليس من شرطه وان من عين امرأة مابعينها وظاهر منها بشرط التزويج كان مظاهرا منها وكذلك ان لم يعين وقال كل امرأة أتزوجها فهي مني كظهر أمي وذلك بخلاف الطلاق وبقول مالك في الظهار قال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وقال قائلون لا يلزم الظهار الا فيما يملك الرجل وممن قال بهذا القول الشافعي وأبو ثور وداود وفرق قوم فقالوا ان أطلق لم يلزمه ظهار وهو

ان يقول كل امرأة أتزوجها فهي مني كظهر أمي فان قيد لزمه وهو ان يقول ان تزوجت فلانة أو سمى قرية أو قبيلة وقائل هذا القول هو ابن أبي ليلى والحسن بن حي ودليل الفريق الاول قوله تعـالى أوفوا بالعقود ولانه عقد على شرط الملك فاشبه ذا ملك والمؤمنون عند شروطهم وهو قول عمر . وأما حجة الشافعي فحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : لاطلاق الا فيما يملك ولا عتق الا فيما يملك ولا بيع الا فيما يملك ولا وفاء بنذر الا فيما يملك خرجه أبو داود والترمذي والظهار شبيه بالطلاق وهو قول ابن عباس . وأما الذين فرقوا بين التعميم والتعيين فانهم رأوا ان التعميم في الظهار من باب الحرج وقد قال تعالى « وما جعل عليكم في الدين من حرج » واختلفوا أيضا من هذا الباب في هل تظاهر المرأة من الرجل فمن العلماء في ذلك ثلاثة أقوال أشهرها انه لايكون منها ظهار وهو قول مالك والشافعي ، والثاني ان عليها كفارة يمـين ؛ والثالث ان عليها كفارة الظهار ومعتمد الجمهور تشبيه الظهار بالطلاق ومن الزم المرأة الظهار فتشبيها للظهار باليمين ومن فرق فلانه رأى ان أقل اللازم لها في ذلك هو كفارة يمين وهو ضعيف ✡ وسبب الخلاف تعارض الاشباه في هذا المعنى .

(الفصل الرابع)

واتفقوا على ان المظاهر يحرم عليه الوطء واختلفوا فيما دونه من ملامسة ووطء في غير الفرج ونظر الى لذة فذهب مالك الى انه يحرم الجماع وجميع أنواع الاستمتاع ممـا دون الجمـاع من الوطء فيما دون الفرج واللمس والتقبيل والنظر للذة ماعدا وجهها وكفيها ويديها من سائر بدنها ومحاسنها وبه قال أبو حنيفة الا انه انما كره النظر للفرج فقط وقال الشافعي انما يحرم الظهار الوطء في الفرج فقط المجمع عليه لاماعدا ذلك وبه قال الثوري وأحمد وجماعة ودليل قول مالك قوله تعالى « من قبل ان يتماسا » وظاهر لفظ التماس يقتضي المباشرة فما فوقها ولانه أيضا لفظ حرمت عليه به فاشبه لفظ الطلاق ودليل قول الشافعي ان المباشرة كناية ههنا عن الجماع بدليل اجماعهم على ان الوطء محرم عليه واذا دلت على الجماع لم تدل على مافوق الجماع لانها . إما ان تدل على مافوق الجماع . واما ان تدل على الجماع وهي الدلالة المجازية لكن قد اتفقوا على انها دالة على الجماع فانتفت الدلالة المجازية اذ لايدل لفظ واحد دلالتين حقيقة ومجازا قلت الذين يرون ان اللفظ المشترك له عموم لا يبعد ان يكون اللفظ الواحد عندهم يتضمن المعنيين جميعا أعني الحقيقة والمجاز وان كان لم يجر به عادة للعرب

ولذلك القول به في غاية من الضعف ولو علم ان للشرع فيه تصرفا لجاز وأيضا فان الظهار مشبه عندهم بالايلاء فوجب أن يختص عندهم بالفرج.

الفصل الخامس

وأما تكرر الظهار بعد الطلاق أعني اذا طلقها بعد الظهار قبل أن يكفر ثم راجعها هل يتكرر عليه الظهار فلا تحل له المسيس حتى يكفر فيه خلاف قال مالك ان طلقها دون الثلاث ثم راجعها في العدة أو بعدها فعليه الكفارة وقال الشافعي ان راجعها في العدة فعليه الكفارة وان راجعها في غير العدة فلا كفارة عليه وعنه قول آخر مثل قول مالك وقال محمد بن الحسن الظهار راجع عليها نكحها بعد الثلاث أو بعد واحدة وهذه المسئلة شبيهة بمن يحلف بالطلاق ثم يطلق ثم يراجع هل تبقى تلك اليمين عليه أم لا ✫ وسبب الخلاف هل الطلاق يرفع جميع أحكام الزوجية ويهدمها أو لا يهدمها فنهم من رأى ان البائن الذى هو الثلاث يهدم وان مادون الثلاث لا يهدم ومنهم من رأى ان الطلاق كله غير هادم واحسب ان من الظاهرية من يرى انه كله هادم .

(الفصل االسادس)

وأما هل يدخل الايلاء على الظهار اذا كان مضاراً وذلك بان لا يكفر مع قدرته على الكفارة فان فيه أيضاً اختلافاً فأبو حنيفة والشافعي يقولان لا يتداخل الحكمان لان حكم الظهار خلاف حكم الايلاء وسواء كان عندهم مضاراً أولم يكن وبه قال الاوزعي وأحمد وجماعة ، وقال مالك يدخل الايلاء على الظهار بشرط أن يكون مضاراً وقال الثوري يدخل الايلاء على الظهار وتبين منه بانقضاء الاربعة الاشهر من غير اعتبار المضارة ففيه ثلاثة أقوال ،قول انه يدخل باطلاق ،وقوله انه لا يدخل باطلاق ، وقوله انه يدخل مع المضارة ولا يدخل مع عدمها ✫ وسبب الخلاف مراعاة المعنى واعتبار الظاهر فمن اعتبر الظاهر قال لا يتداخلان ومن اعتبر المعنى قال يتداخلان اذا كان القصد الضرر .

(الفصل السابع)

والنظر في كفارة الظهار في أشياء .منها في عدد أنواع الكفارة وترتيبها وشروط نوع نوع منها أعني الشروط المصححة ومتى تجب كفارة واحدة ومتى تجب أكثر من

واحدة فاما أنواعها فانهم أجمعوا على أنها ثلاثة أنواع ، اعتاق رقبة ، أو صيام شهرين ، أو اطعام ستين مسكينا وانها على الترتيب فالاعتاق أولا فان لم يكن فالصيام فان لم يكن فالاطعام هذا في الحر . واختلفوا في العبد هل يكفر بالعتق أو الاطعام بعد اتفاقهم ان الذى يبدأ به الصيام أعنى اذا عجز عن الصيام فاجاز للعبد العتق ان أذن له سيده أبو ثور وداود وأبى ذلك سائر العلماء . وأما الاطعام فاجازه له مالك ان أطعم باذن سيده ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعى ومبنى الخلاف في هذه المسئلة هل يملك العبد أو لا يملك ✡ وأما اختلافهم في الشروط المصححة فنها اختلافهم اذا وطء في صيام الشهرين هل عليه استئناف الصيام أم لا فقال مالك وأبو حنيفة يستأنف الصيام الا أن أبا حنيفة شرط في ذلك العمد ولم يفرق مالك بين العمد في ذلك والنسيان وقال الشافعى لا يستأنف على حال ✡ وسبب الخلاف تشبيه كفارة الظهار بكفارة اليمين والشرط الذى ورد في كفارة الظهار أعنى أن تكون قبل المسيس فمن أعتبر هذا الشرط قال يستأنف الصوم ومن شبهه بكفارة اليمين قال لا يستأنف لان الكفارة في اليمين ترفع الحنث بعد وقوعه باتفاق ومنها هل من شرط الرقبة أن تكون مؤمنة أم لا فذهب مالك والشافعى الى أن ذلك شرط في الاجزاء وقال أبو حنيفة يجزى فى ذلك رقبة الكافر ولا يجزى عندهم اعتاق الوثنية والمرتدة دليل الفريق الاول انه اعتاق على وجه القربة فوجب أن تكون مسلمة أصله الاعتاق في كفارة القتل وربما قالوا ان هذا ليس من باب القياس وانما هو من باب حمل المطلق على المقيد وذلك انه قيد الرقبة بالايمان في كفارة القتل وأطلقها في كفارة الظهار فيجب صرف المطلق الى المقيد وهذا النوع من حمل المطلق على المقيد فيه خلاف والحنيفة لا يجيزونه وذلك أن الاسباب فى القضيتين مختلفة . وأما حجة أبى حنيفة فهو ظاهر العموم ولا معارضة عنده بين المطلق والمقيد فوجب عنده أن يحمل كل على لفظه ✱ ومنها اختلافهم هل من شرط الرقبة ان تكون سالمة من العيوب أم لا ثم ان كانت سليمة فمن أى العيوب تشترط سلامتها فالذى عليه الجمهور أن للعيوب تأثيراً في منع اجزاء العتق وذهب قوم الى أنه ليس لها تأثير في ذلك وحجة الجمهور تشبيهها بالاضاحى والهدايا لكون القربة تجمعها وحجة الفريق الثانى اطلاق اللفظ في الآية ✱ فسبب الخلاف معارضة الظاهر لقياس الشبه والذين قالوا ان للعيوب تأثيراً في منع الاجزاء اختلفوا في عيب عيب مما يعتبر في الاجزاء أو عدمه أما العمى وقطع اليدين أو الرجلين فلا خلاف عندهم في انه مانع للاجزاء . واختلفوا فيما دون ذلك فنها هل يجوز قطع اليد الواحدة أجازه أبو حنيفة ومنعه مالك والشافعى . وأما الاعور

فقال مالك لايجزى وقال عبـد الملك يجزى . وأما الاقطع الاذنين فقال مالك لا يجزى وقال أصحاب الشافعى يجزى . وأما الاصم فاختلف فيه فى مذهب مالك فقيل يجزى وقيل لايجزى ☆ وأما الاخرس فلا يجزى عند مالك وعن الشافعى فى ذلك قولان . أما المجنون فـلا يجزى . أما الخصى فقال ابن القاسم لا يعجبنى الخصى وقال غـيره لا يجزى وقال الشافعى يجزى واعتاق الصغـير جائز فى قول عامة فقهاء الامصار وحكى عن بعض المتقدمـين منعه والعرج الخفيف فى المذهب يجزى . وأما البين العرج فلا ☆ والسبب فى اختـلافهم اختلافهم فى قدر النقص المؤثر فى القربة وليس له أصل فى الشرع الا الضحايا وكذلك لايجزى فى المذهب ما فيـه شركة أو طرف حرية كالكتابة والتدبير لقوله تعالى (فتحرير رقبة مؤمنة) والتحرير هوابتداء الاعتاق واذا كان فيه عقد من عقود الحرية كالكتابة كان تنجيزاً لا اعتاقا وكذلك الشركة لان بعض الرقبة ليس برقبة وقال أبو حنيفة ان كان المكاتب أدى شيئا من مال الكتابة لم يجزوان لم يؤد جاز . واختلفوا هل يجزيه عتق مدبره فقال مالك لا يجزيه تشبيها بالكتابة لانه عقد ليس له حله وقال الشافعى يجزيه ولايجزى عند مالك اعتاق أم ولده ولا المعتق الى أجل مسمى . أماعتق أم الولد فلان عقدها آكد من عقد الكتابة والتدبير بدليل انهما قد يطرأ عليهما الفسخ أما فى الكتابة فمن العجز عن أداء النجوم وأما فى التدبير فاذا ضاق عنه الثلث وأماالمعتق الى أجل فانه عقد عتق لا سبيل الى حله . واختلف مالك والشافعى مع أبى حنيفة فى أجزاء عتق من يعتق عليه بالنسب فقال مالك والشافعى لايجزى عنه وقال أبو حنيفة اذا نوى به عتقه عن ظهار أجزأ فابو حنيفة شبهه بالرقبة التى لايجب عتقها وذلك ان كل واحدة من الرقبتين غير واجب عليه شراؤها وبذل القيمة فيها على وجه العتق فاذا نوى بذلك التكفير جاز والمالكية والشافعية رأت انه اذا اشترى من يعتق عليه عتق عليه من غير قصد الى اعتاقه فلايجزيه فابو حنيفة أقام القصد للشراء مقام العتق وهؤلاء قالوا لابد أن يكون قاصدا للعتق نفسه فكلاهما يسمى معتقا باختياره ولكن أحدهما معتق بالاختيار الاول والآخر معتق بلازم الاختيار فكانه معتق على القصد الثانى ومشتر على القصد الاول والآخر بالعكس . واختلف مالك والشافعى فيمن أعتق نصفى عبدين فقال مالك لايجوز ذلك ☆ وقال الشافعى يجوز لانه فى معنى الواحـد ومالك تمسك بظاهر دلالة اللفظ فهذا مااختلفوا فيه من شروط الرقبة المعتقة . وأما شروط الاطعام فانهـم اختلفوا من ذلك فى القدر الذى يجزى لمسكين مسكين من الستين مسكيناً الذى وقع عليهم النص فمن مالك فى

ذلك روايتان أشهرهما ان ذلك مد بمدهشام لكل واحد وذلك مدان بمد النبي صلى الله عليه وسلم وقد قيل هو أقل وقد قيل هو مد وثلث . وأما الرواية الثانية فمد مد لكل مسكين بمد النبي صلى الله عليه وسلم وبه قال الشافعي فوجه الرواية الاولى اعتبار الشبع غالبا أعني الغداء والعشاء ووجه هذه الرواية الثانية اعتبار هذه الكفارة بكفار اليمين فهذا هو اختلافهم في شروط الصحه في الواجبات في هذه الكفارة . وأما اختلافهم في مواضع تعددها ومواضع اتحادها فمنها اذا ظاهر بكلمة واحدة من نسوة أكثر من واحدة هل يجزى في ذلك كفارة واحدة أم يكون عدد الكفارات على عدد النسوة فعند مالك انه يجزى في ذلك كفارة واحدة وعند الشافعي وأبي حنيفة أن فيها من الكفارات بعدد المظاهر منهن ان اثنتين فاثنتين وان ثلاثا فثلاثا وان أكثر فاكثر فمن شبهه بالطلاق أوجب في كل واحدة كفارة ومن شبهه بالايلاء أوجب فيه كفارة واحدة وهو بالايلاء أشبه ومنها اذا تظاهر من امرأته في مجالس شتى هل عليه كفارة واحدة أو على عدد المواضع التي ظاهر فيها فقال مالك ليس عليه الا كفارة واحدة الا ان يظاهر ثم يكفر ثم يظاهر فعليه كفارة ثانية وبه قال الاوزاعي وأحمد واسحق وقال أبو حنيفة والشافعي لكل ظهار كفارة . وأما اذا كان ذلك في مجلس واحد فلا خلاف عند مالك ان في ذلك كفارة واحدة وعند أبي حنيفة ان ذلك راجع الى نيته فان قصد التأكيد كانت الكفارة واحدة وان أراد استئناف الظهار كان ما أراد ولزمه من الكفارات على عدد الظهار وقال يحيى ابن سعيد تلزم الكفارة على عدد الظهار سواء كان في مجلس واحد أو في مجالس شتى ✡ والسبب في هذا الاختلاف أن الظهار الواحد بالحقيقة هو الذي يكون بلفظ واحد من امرأة واحدة في وقت واحد والمتعدد بلا خلاف هو الذي يكون بلفظين من امرأتين في وقتين فان كرر اللفظ من امرأة واحدة فهل يوجب تعدد اللفظ تعدد الظهار أم لا يوجب ذلك فيه تعدداً وكذلك ان كان اللفظ واحداً والمظاهر منها أكثر من واحدة وذلك ان هذه بمنزلة المتوسطات بين ذينك الطرفين فمن غلب عليه شبه الطرف الواحد أوجب له حكمه ومن غلب عليه شبه الطرف الثاني أوجب له حكمه ومنها اذا ظاهر من امرأته ثم مسها قبل أن يكفر هل عليه كفارة واحدة أم لا فاكثر فقهاء الامصار مالك والشافعي وأبو حنيفة والثوري والاوزاعي وأحمد واسحاق وأبو ثور وداود والطبري وأبو عبيد أن في ذلك كفارة واحدة والحجة لهم حديث سلمة بن صخر البياضي انه ظاهر من امرأته في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وقع بامرأته قبل أن يكفر فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فأمره أن يكفر تكفيرا واحدا وقال قوم عليه

كفارتان كفارة العزم على الوطء وكفارة الوطء لانه وطىء وطئا محرما وهو مروى عن عمرو بن العاص وقبيصة بن ذؤيب وسعيد بن جبير وابن شهاب وقد قيل انه لا يلزمه شيء لا عن العود ولا عن الوطء لان الله تعالى اشترط صحة الكفارة قبل المسيس فاذا مس فقد خرج وقتها فلا تجب الا بأمر مجدد وذلك معدوم في مسئلتنا وفيه شذوذ وقال ابو محمد ابن حزم من كان فرضه الاطعام فليس يحرم عليه المسيس قبل الاطعام وانما يحرم المسيس على من كان فرضه العتق أو الصيام .

كتاب اللعان

والقول فيه يشتمل على خمسة فصول بعد القول بوجوبه ، الفصل الاول في أنواع الدعاوى الموجبة له وشروطها ، الفصل الثاني في صفات المتلاعنين ، الثالث في صفة اللعان ، الرابع في حكم نكول أحدهما أو رجوعه ، الخامس في الاحكام اللازمة لتمام اللعان . فأما الاصل في وجوب اللعان أما من الكتاب فقوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم) الآية وأما من السنة فما رواه مالك وغيره من مخرجي الصحيح من حديث عويمر العجلاني اذ جاء الى عاصم ابن عدي العجلاني رجل من قومه فقال له يا عاصم أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل سل لي يا عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم الى أهله جاء عويمر فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لم تأتني بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسئلة التي سألت عنها فقال والله لا أنتهي حتى أسأله عنها فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وسط الناس فقال يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد نزل فيك وفي صاحبتك قرآن فاذهب فأت بها قال سهل فتلاعنا وانا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغ من تلاعنهما قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله ان أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مالك قال ابن شهاب فلم تزل تلك سنة المتلاعنين وأيضا من طريق المعنى لما كان الفراش موجبا للحوق النسب كان بالناس ضرورة الى طريق ينفونه به اذا تحققوا فساده وتلك الطريق هي اللعان فاللعان حكم ثابت بالكتاب والسنة والقياس والاجماع اذ لا خلاف في ذلك أعلمه فهذا هو القول في اثبات حكمه .

(الفصل الاول)

واما صور الدعاوى التي يجب بها اللعان فهى أولا صورتان ، احداهما دعوى الزنا ، والثانية نفى الحمل ودعوى الزنا لايخلو ان تكون مشاهدة أعنى ان يدعى انه شاهدها تزنى كما يشهد الشاهد على الزنا أو تكون دعوى مطلقة واذا نفى الحمل فلا يخلو ان ينفيه أيضا نفيا مطلقا أو يزعم انه لم يقربها بعد استبرائها فهذه أربعة أحوال بسائط وسائر الدعاوى تتركب عن هذه مثل ان يدميها بالزنا وينفى الحمل أو يثبت الحمل ويرميها بالزنا . فأما وجوب اللعان بالقذف بالزنا اذا ادعى الرؤية فلا خلاف فيه قالت المالكية اذا زعم انه لم يطأها بعد . واما وجوب اللعان بمجرد القذف فالجمهور على جوازه الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأحمد وداود وغيرهم . وأما المشهور عن مالك فانه لا يجوز اللعان عنده بمجرد القذف وقد قال ابن القاسم ايضا أنه يجوز وهي ايضا رواية عن مالك وحجة الجمهور عموم قوله تعالى (والذين يرمون ازواجهم) الآية ولم يخص في الزنا صفة دون صفة كما قال في ايجاب حد القذف وحجة مالك ظواهر الاحاديث الواردة في ذلك . منها قوله في حديث سعد أرأيت لو أن رجلا وجد مع امرأته رجلا وحديث ابن عباس وفيه فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال والله يا رسول الله لقد رأيت بعيني وسمعت باذنى فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه فنزلت (والذين يرمون أزواجهم) الآية وأيضا فان الدعوى يجب أن تكون ببينة كالشهادة وفي هذا الباب فرع اختلف فيه قول مالك وهو اذا ظهر بها حمل بعد اللعان فعن مالك في ذلك روايتان ، احداها سقوط الحمل عنه والاخرى لحوقه به . واتفقوا فيما أحسب ان من شرط الدعوى الموجبة اللعان برؤية الزنا ان تكون في العصمة واختلفوا فيمن قذف زوجته بدعوى الزنا ثم طلقها ثلاثا هل يكون بينهما لعان أم لا فقال مالك والشافعى والاوزاعى وجماعة بينهما لعان وقال أبو حنيفة لالعان بينهما الا ان ينفى ولداً ولا حد وقال مكحول والحكم وقتادة يحد ولا يلاعن . واما ان نفى الحمل فانه كما قلنا على وجهين أحدهما ان يدعى أنه استبرها ولم يطاها بعد الاستبراء وهذا مالا خلاف فيه واختلف قول مالك فى الاستبراء فقال مرة ثلاث حيض وقال مرة حيضة . واما نفيه مطقا فالمشهور عن مالك انه لايجب بذلك لعان وخالفه في هذا الشافعى واحمد وداود وقالوا لامعنى لهذا لان المرأة قد تحمل مع رؤية الدم وحكى عبد الوهاب عن أصحاب الشافعى انه لايجوز نفى الحمل مطلقا من غير قذف

واختلفوا من هذا الباب في فرع وهو وقت نفي الحمل فقال الجمهور ينفيه وهي حامل وشرط مالك انه متى لم ينفيه وهو حمل لم يجب له ان ينفيه بعد الولادة بلعان وقال الشافعي اذا علم الزوج بالحمل فأمكنه الحاكم من اللعان فلم يلاعن لم يكن له ان ينفيه بعد الولادة وقال ابو حنيفة لاينفي الولد حتى تضع . وحجة مالك ومن قال بقوله الآثار المتواترة من حديث ابن عباس وابن مسعود وانس وسهل بن سعد ان النبي عليه الصلاة والسلام حين حكم باللعان بين المتلاعنين .قال ان جاءت على صفة كذا فما اراه الا قد صدق عليها قالوا وهذا يدل على انها كانت حاملا في وقت اللعان. وحجة ابى حنيفة ان الحمل قد ينفش ويضمحل فلا وجه للعان الا على يقين ومن حجة الجمهور ان الشرع قد علق بظهور الحمل احكاما كثيرة كالنفقة والعدة ومنع الوطء فوجب ان يكون قياس اللعان كذلك وعند ابى حنيفة انه يلاعن وان لم ينف الحمل الا وقت الولادة وكذلك ماقرب من الولادة ولم يوقت في ذلك وقتا ووقت صاحباه ابو يوسف ومحمد فقالا له ان ينفيه مابين اربعين ليلة من وقت الولادة والذين اوجبوا اللعان في وقت الحمل اتفقوا على ان له نفيه في وقت العصمة واختلفوا في نفيه بعد الطلاق فذهب مالك الى ان له ذلك في جميع المدة التي يلحق الولد فيها بالفراش وذلك هو اقصى زمان الحمل عنده وذلك نحو من اربع سنين عنده او خمس سنين وكذلك عنده حكم نفي الولد بعد الطلاق اذا لم يزل منكراً له وبقريب من هذا المعنى قال الشافعي وقال قوم ليس له ان ينفي الحمل الا في العدة فقط وان نفاه في غير العدة حد والحق به الولد فالحكم يجب به عند الجمهور الى انقضاء أطول مدة الحمل على اختلافهم في ذلك فان الظاهرية ترى ان اقصر مدة الحمل التي يجب بها الحكم هو المعتاد من ذلك وهي التسعة أشهر وما قاربها ولا اختلاف بينهم انه يجب الحكم به في مدة العصمة فازاد على اقصر مدة الحمل وهي الستة اشهر أعني ان يولد المولود لستة أشهر من وقت الدخول أو امكانه لا من وقت العقد وشذ أبو حنيفة فقال من وقت العقد وان علم ان الدخول غير ممكن حتى انه ان تزوج عنده رجل بالمغرب الاقصى امرأة بالمشرق الاقصى فجاءت بولد لرأس ستة أشهر من وقت العقد انه يلحق به الا ان ينفيه بلعان وهو في هذه المسئلة ظاهري محض لانه انما اعتمد في ذلك عموم قوله عليه الصلاة والسلام : الولد للفراش وهذه المرأة قد صارت فراشا له بالعقد فكانه رأى ان هذه عبادة غير معللة وهذا شيء ضعيف. واختلف قول مالك من هذا الباب في فرع وهو انه اذا ادعى أنها زنت واعترف بالحمل فعنه في ذلك ثلاث روايات احداها انه يحد ويلحق به الولد ولا يلاعن ، والثانية انه يلاعن وينفي الولد ؛ والثالثة انه يلحق به الولد ويلاعن ليدرأ الحد عن نفسه * وسبب الخلاف هل يلتفت الى اثباته

مع موجب نفيه وهو دعواه الزنا واختلفوا ايضا من هذا الباب فى فرع وهو اذا اقام الشهود على الزنا هل له ان يلاعن أم لا فقال أبو حنيفة وداود لا يلاعن لان اللعان إنما جعل عوض الشهود ولقوله تعالى (والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم) الآية وقال مالك والشافعى يلاعن لان الشهود لاتأثير لهم فى دفع الفراش

(الفصل الثانى)

وأما صفة المتلاعنين فان قوماً قالوا يجوز اللعان بين كل زوجين حرين كانا او عبدين أو أحدهما حر والاخر عبد محدودين كانا أو عدلين أو أحدهما مسلمين كانا أو كان الزوج مسلما والزوجة كتابية ولا لعان بين كافرين الا أن يترافعا الينا وممن قال بهذا القول مالك والشافعى ، وقال أبو حنيفة وأصحابه لا لعان الا بين مسلمين حرين عدلين وبالجملة فاللعان عندهم انما يجوز لمن كان من أهل الشهادة. وحجة أصحاب القول الاول عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم) ولم يشترط فى ذلك شرطا ومعتمد الحنفية أن اللعان شهادة فيشترط فيها مايشترط فى الشهادة اذ قد سماهم الله شهداء لقوله (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله) ويقولون أنه لايكون لعان الا بين من يجب عليه الحد فى القذف الواقع بينهما وقد اتفقوا على العبد لا يحد بقذفه وكذلك الكافر فشبهوا من يجب عليه اللعان بمن يجب فى قذفه الحد اذ كان اللعان انما وضع لدرء الحد مع نفى النسب وربما احتجوا بما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لا لعان بين أربعة العبدين والكافرين والجمهور يرون أنه يمين وان كان يسمى شهادة فان أحدا لايشهد لنفسه . وأما ان الشهادة قد يعبر عنها باليمين فذلك بين فى قوله تعالى (اذا جاءك المنافقون قالوا) الاية ثم قال (اتخذوا أيمانهم جنة) وأجمعوا على جواز لعان الاعمى. واختلفوا فى الاخرس فقال مالك والشافعى يلاعن الاخرس اذا فهم عنه وقال أبو حنيفة لايلاعن لانه ليس من أهل الشهادة وأجمعوا على أن من شرطه العقل والبلوغ .

(الفصل الثالث)

فاما صفة اللعان فمتقاربة عند جمهور العلماء وليس بينهم فى ذلك كبير خلاف وذلك على ظاهر ماتقتضيه ألفاظ الآية فيحلف الزوج أربع شهادات بالله لقد رأيتها تزنى وان ذلك الحمل ليس منى ويقول فى الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ثم هى تشهد أربع شهادات بنقيض ماشهد هو به ثم تخمس بالغضب هذا كله

متفق عليه واختلف النـاس هل يجوز ان يبدل مـكان اللعنة الغضب ومكان الغضب اللعنة ومـكان أشهد أقسم ومـكان قوله بالله غيره من أسمائه والجمهور على انه لايجوز من ذلك الا مانص عليه من هذه الالفاظ .أصله عدد الشهادات وأجمعوا على أن من شرط صحته أن يكون بحكم حاكم .

(الفصل الرابع)

فاما اذا نـكل الزوج فقال الجمهور انه يحد وقال أبو حنيفة انه لا يحد ويحبس وحجة الجمهور عموم قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات) الآية وهذا عام في الاجنبي والزوج وقد جعل الالتعان للزوج مقام الشهود فوجب اذا نـكل ان يكون بمنزلة من قذف ولم يكن له شهود أعنى انه يحد وماجاء أيضـا من حديث ابن عمر وغيره في قصة العجلانى من قوله عليه الصلاة والسلام : ان قتلت قتلت وان نطقت جلدت وان سكت سكت على غيظ واحتج الفريق الثانى بان آية اللعان لم تتضمن ايجاب الحد عليه عنـد النكول والتعريض لايجابه زيادة فى النص والزيادة عنـدهم نسخ والنسخ لا يجوز بالقياس ولا باخبار الاحاد قالوا وأيضا لو وجب الحد لم ينفعه الالتعان ولا كان له تأثير فى اسقاطه لان الالتعان يمين فلم يسقط به الحـد عن الاجنبى فكذلك الزوج والحق ان الالتعان يمين مخصوصة فوجب أن يكون لهـا حـكم مخصوص وقد نص على المرأة ان اليمين يدرأ عنها العذاب فالكلام فيما هو العـذاب الذى يندرىء عنها باليمين والاشـتراك الذى في اسم العـذاب اختلفوا أيضا في الواجب عليها اذا نـكلت فقال الشافعى ومالك وأحمد والجمهور انها تحد وحدها الرجم ان كان دخـل بها ووجدت فيها شروط الاحصان وان لم يكن دخـل بها فالجلد وقال أبو حنيفة اذا نـكلت وجب عليها الحبس حتى تلاعن وحجته قوله عليه الصـلاة والسلام : لايحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث زنا بعد احصان أو كفر بعد ايمان أو قتل نفس بغير نفس وأيضا فان سفك الدم بالنكول حـكم ترده الاصول فانه اذا كان كثير من الفقهاء لايوجبون غرم المال بالنكول فـكان بالحرى أن لا يجب بذلك سفك الدماء وبالجملة فقاعدة الدماء مبناها في الشرع على أنها لاتراق الا بالبينة العادلة أو بالاعتراف ومن الواجب الا تخصص هـذه القاعدة بالاسم المشترك فابو حنيفة في هذه المسئلة أولى بالصواب ان شاء الله وقد اعترف أبو المعالى في كتابه في البرهان بقوة أبى حنيفة في هذه المسئلة وهو شافعى واتفقوا على انه اذا أكذب نفسه حد والحق به الولد ان

كان نفى ولداً .واختلفوا هل له ان يراجعها بعد اتفاق جمهورهم على ان الفرقة تجب باللعان . اما بنفسه واما بحكم حاكم على ماتقوله بعد فقال مالك والشافعى والثورى وداود وأحمد وجمهور فقهاء الامصار انهما لايجتمعان أبداً وان كذب نفسه وقال أبو حنيفة وجماعة اذا أكذب نفسه جلد الحد وكان خاطبا من الخطاب وقد قال قوم ترد اليه امرأته.وحجة الفريق الاول قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : لاسبيل لك عليها ولم يستثن فاطلق التحريم وحجة الفريق الثانى انه اذا اكذب نفسه فقد بطل حكم اللعان فكما يلحق به الولد كذلك ترد المرأة عليه وذلك ان السبب الموجب للتحريم انما هو الجهل بتعيين صدق أحدهما مع القطع بان أحدهما كاذب فاذا انكشف ارتفع التحريم .

(الفصل الخامس)

فاما موجبات اللعان فان العلماء اختلفوا من ذلك في مسائل . منها هل تجب الفرقة أم لا وان وجبت فمتى تجب وهل تجب بنفس اللعان أم بحكم حاكم واذا وقعت فهل هي طلاق أو فسخ فذهب الجمهور الى ان الفرقة تقع باللعان لما اشتهر في ذلك في أحاديث اللعان من ان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بينهما وقال ابن شهاب فيما رواه مالك عنه فكانت تلك سنة المتلاعنين ولقوله صلى الله عليه وسلم : لا سبيل لك عليها وقال عثمان البتى وطائفة من أهل البصرة لا يعقب اللعان فرقة واحتجوا بان ذلك حكم لم تتضمنه آية اللعان ولاهو صريح في الاحاديث لان في الحديث المشهور انه طلقها بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكر ذلك عليه وأيضا فان اللعان انما شرع لدرء حد القذف فلم يوجب تحريما تشبيها بالبينة وحجة الجمهور انه قد وقع بينهما من التقاطع والتباغض والتهاتر وابطال حدود الله ما أوجب أن لا يجتمعا بعدها أبداً وذلك ان الزوجية مبناها على المودة والرحمة وهؤلاء قد عدموا ذلك كل العدم ولا أقل من ان تكون عقوبتهما الفرقة وبالجملة فالقبح الذى بينهما غاية القبح . وأما متى تقع الفرقة فقال مالك والليث وجماعة انها تقع اذا فرغا جميعا من اللعان وقال الشافعى اذا أكمل الزوج لعانه وقعت الفرقة وقال أبو حنيفة لا تقع الا بحكم حاكم وبه قال الثورى وأحمد وحجة مالك على الشافعى حديث ابن عمر قال فرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المتلاعنين وقال حسابكما على الله أحدكما كاذب لا سبيل لك عليها وما روى انه لم يفرق بينهما الا بعد تمام اللعان وحجة الشافعى ان لعانها انما تدرأ به الحد عن نفسها فقط ولعان الرجل هو المؤثر في نفى النسب فوجب ان كان للعان تأثير في الفرقة أن يكون لعان الرجل

تشبيها بالطلاق وحجتهما جميعا على أبي حنيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم أخرهما بوقوع الفرقة عندوقوع اللعان منهما فدل ذلك على أن اللعان هو سبب الفرقة . وأما أبو حنيفة فيرى ان الفراق انما نفذ بينهما بحكمه وأمره صلى الله عليه وسلم بذلك حين قال: لا سبيل لك عليها فرأى أن حكمه شرط في وقوع الفرقة كما ان حكمه شرط في صحة اللعان ☆ فسبب الخلاف بين من رأى أنه تقع به فرقة وبين من لم ير ذلك ان تفريق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما ليس هو بينا في الحديث المشهور لانه بادر بنفسه فطلق قبل أن يخبره بوجوب الفرقة والاصل ان لا فرقة الا بطلاق وانه ليس في الشرع تحريم يتأبد أعني متفقاً عليه فمن غلب هذا الاصل على المفهوم لاحتماله نفى وجوب الفرقة قال بايجابها وأما سبب اختلاف من اشترط حكم الحاكم أو لم يشترطه فتردد هذا الحكم بين أن يغلب عليه شبه الاحكام التي يشترط في صحتها حكم الحاكم أو التي لا يشترط ذلك فيها ☆ وأما المسئلة الرابعة وهي اذا قلنا ان الفرقة تقع فهل ذلك فسخ أو طلاق فان القائلين بالفرقة اختلفوا فى ذلك فقال مالك والشافعى هو فسخ وقال أبو حنيفة هو طلاق بائن وحجة مالك تأبيد التحريم به فاشبه ذات المحرم . وأما أبو حنيفة فشبهها بالطلاق قياساً على فرقة العنين اذ كانت عنده بحكم حاكم .

(كتاب الاحداد)

أجمع المسلمون على أن الاحداد واجب على النساء الحرائر المسلمات في عدة الوفاة الا الحسن وحده واختلفوا فيما سوى ذلك من الزوجات وفيما سوى عدة الوفاة وفيما تمتنع الحاد منه مما لا تمتنع فقال مالك الاحداد على المسلمة والكتابية والصغيرة والكبيرة . وأما الامة يموت عنها سيدها سواء كانت أم ولد أو لم تكن فلا احداد عليها عنده وبه قال فقهاء الامصار وخالف قول مالك المشهور في الكتابية ابن نافع وأشهب ورروياه عن مالك وبه قال الشافعى أعنى أنه لا احداد على الكتابية وقال أبو حنيفة ليس على الصغيرة ولا على الكتابية احداد وقال قوم ليس على الامة المزوجة احداد وقد حكى ذلك عن أبي حنيفة فهذا هو اختلافهم المشهور فيمن عليه احداد من أصناف الزوجات ممن ليس عليه احداد . وأما اختلافهم من قبل العدد فان مالكا قال لا إحداد الا في عدة الوفاة وقال أبو حنيفة والثورى الاحداد في العدة من الطلاق البائن واجب . وأما الشافعى فاستحسنه للمطلقة ولم يوجبه ☆ وأما الفصل الثالث وهو ما تمتنع الحاد منه مما لا تمتنع عنه فانها تمتنع عند الفقهاء بالجملة من الزينة الداعية الرجال الى النساء

وذلك كالحلى والكحل الا ما لم تكن فيه زينة ولباس الثياب المصبوغة إلا السواد فانه لم يكره مالك لها لبس السواد ورخص كلهم فى الكحل عند الضرورة فبعضهم اشترط فيه ما لم يكن فيه زينة وبعضهم لم يشترطه وبعضهم اشترط جعله بالليل دون النهار وبالجملة فأقاويل الفقهاء فيما تجتنب الحاد متقاربة وذلك ما يحرك الرجال بالجملة اليهن وانما صار الجمهور لايجاب الاحداد في الجملة لثبوت السنة بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فمنها حديث أم سلمة زوج النبي عليه الصلاة والسلام : ان امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابنتى توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينيها افتكتحلهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا مرتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لها لا ثم قال انما هي أربعة أشهر وعشر وقد كانت احداكن ترمى بالبعرة على رأس الحول وقال أبو محمد فعلى هذ الحديث يجب التعويل على القول بايجاب الاحداد . وأما حديث أم حبيبة حين دعت بالطيب فمسحت به عارضيها ثم قالت والله مالى به من حاجة غير انى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا يحل لامرأة مؤمنة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد على ميت فوق ثلاث ليال الا على زوج أربعة أشهر وعشراً فليس فيه حجة لانه استثناء من حظر فهو يقتضى الاباحة دون الايجاب وكذلك حديث زينب بنت جحش (قال القاضى) وفى الامر اذا ورد بعد الحظر خلاف بين المتكلمين أعنى هل يقتضى الوجوب أو الاباحة ☆ وسبب الخلاف بين من أوجبه على المسلمة دون الكافرة ان من رأى أن الاحداد عبادة لم يلزمه الكافرة ومن رأى أنه معنى معقول وهو تشوف الرجال اليها وهي الى الرجال سوى بين الكافرة والمسلمة ومن راعى تشوف الرجال دون تشوف النساء فرق بين الصغيرة والكبيرة اذا كانت الصغيرة لا يتشوف الرجال اليها ومن حجة من أوجبه على المسلمات دون الكافرات قوله عليه الصلاة والسلام: لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد الا على زوج قال وشرطه الايمان في الاحداد يقتضى انه عبادة . وأما من فرق بين الامة والحرة وكذلك الكتابية فلانه زعم ان عدة الوفاة أوجبت شيئين باتفاق . أحدهما الاحداد . والثانى ترك الخروج فلما سقط ترك الخروج عن الامة بتبذلها والحاجة الى استخدامها سقط عنها منع الزينة . وأما اختلافهم في المكاتبة فمن قبل ترددها بين الحرة والامة . وأما الامة بملك اليمين وأم الولد فانما صار الجمهور الى اسقاط الاحداد عنها لقوله عليه الصلاة والسلام : لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الاخر ان تحد الا على زوج فعلم بدليل الخطاب ان من عدا ذات الزوج لا يجب عليها احداد ومن أوجبه على المتوفي عنها زوجها دون المطلقة

فتعلق بالظاهر المنطوق به ومن الحق المطلقات بهن فمن طريق المعنى وذلك انه يظهر من معنى الاحداد ان المقصود به أن لاتتشوف اليها الرجال في العدة ولا تتشوف هي اليهم وذلك سداً للذريعة لمكان حفظ الانساب والله أعلم . كمل كتاب الطلاق والحمد لله على آلائه والشكر على نعمه ويتلوه كتاب البيوع ان شاء الله تعالى ،

﴿ كتاب البيوع ﴾

الكلام في البيوع ينحصر في خمس جمل في معرفة أنواعها وفي معرفة شروط الصحة في واحد واحد منها وفى معرفة شروط الفساد وفى معرفة أحكام البيوع الصحيحة وفي معرفة أحكام البيوع الفاسدة فنحن نذكر أنواع البيوع المطلقة ثم نذكر شروط الفساد والصحة في واحد واحد منها وأحكام بيوع الصحة وأحكام البيوع الفاسدة ولما كانت أسباب الفساد والصحة في البيوع منها عامة لجميع أنواع البيوع أولا كثرها ومنها خاصة وكذلك الامر في أحكام الصحة والفساد اقتضى النظر الصناعى ان نذكر المشترك من هذه الاصناف الاربعة أعنى العام من أسباب الفساد وأسباب الصحة وأحكام الصحة وأحكام الفساد لجميع البيوع ثم نذكر الخاص من هذه الاربعة بواحد واحد من البيوع فينقسم هذا الكتاب باضطرار الى ستة أجزاء الجزء الاول تعرف فيه أنواع البيوع المطلقة ، الثاني تعرف فيه أسباب الفساد العامة في البيوع المطلقة أيضا أعنى في كلها أو أكثرها اذ كانت أعرف من أسباب الصحة . الثالث تعرف فيه أسباب الصحة في البيوع المطلقة أيضا . الرابع نذكر فيه أحكام البيوع الصحيحة أعنى الاحكام المشتركة لكل البيوع الصحيحة أولا كثرها . الخامس نذكر فيه أحكام البيوع الفاسدة المشتركة أعنى اذا وقعت . السادس نذكر فيه نوعا نوعا من البيوع بما يخصه من الصحة والفساد وأحكامها .

(الجزء الاول) ان كل معاملة وجدت بين اثنين فلا يخلو أن تكون عينا بعين أو عيناً بشيء فى الذمة أو ذمة بذمة وكل واحد من هذه الثلاث . إما نسيئة وإما ناجز وكل واحد من هذه أيضا إما ناجز من الطرفين . وإما نسيئة من الطرفين . وإما ناجز من الطرف الواحد نسيئة من الطرف الآخر فتكون أنواع البيوع تسعة . فأما النسيئة من الطرفين فلا يجوز باجماع لا في العين ولا فى الذمة لانه الدين بالدين المنهى عنه واسماء هذه البيوع منها مايكون من قبل صفة العقد

وحال العقد ومنها مايكون من قبل صفة العين المبيعة وذلك انها اذا كانت عينا بعين فلا يخلو ان تكون ثمنا بمثمون أو ثمنا بثمن فان كانت ثمنا بثمن سمى صرفا وان كانت ثمنا بمثمون سمى بيعاً مطلقاً وكذلك مثمونا بمثمون على الشروط التى تقال بعد وان كان عيناً بذمة سمى سلما وان كان على الخيار سمى بيع خيار وان كان على المرابحة سمى بيع مرابحة وان كان على المزايدة سمى بيع مزايدة .

(الجزء الثانى) واذا اعتبرت الاسباب التى من قبلها ورد النهى الشرعى فى البيوع وهى أسباب الفساد العامة وجدت أربعة ، أحدها تحريم عين المبيع ؛ والثانى الربا ، والثالث الغرر ، والرابع الشروط التى تؤول الى عد هذين او لمجموعهما وهذه الاربعة هى بالحقيقة أصول الفساد وذلك ان النهى انما تعلق فيها بالبيع من جهة ماهو بيع لالامر من خارج . وأما التى ورد النهى فيها لاسباب من خارج فمنها الغش ومنها الضرر ومنها لمكان الوقت المستحق بما هو أهم منه ومنها لانها محرمة البيع ففى هذا الجزء أبواب .

(الباب الاول فى الاعيان المحرمة البيع)

وهذه على ضربين نجاسات وغير نجاسات. فأما بيع النجاسات فالاصل فى تحريمها حديث جابر ثبت فى الصحيحين قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان الله ورسوله حرما بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقيل يارسول الله أرأيت شحوم الميتة فانه يطلى بها السفن ويستصبح بها فقال لعن الله اليهود حرمت الشحوم عليهم فباعوها وأكلوا أثمانها وقال فى الخمر ان الذى حرم شربها حرم بيعها والنجاسات على ضربين ؛ ضرب اتفق المسلمون على تحريم بيعها وهى الخمر وانها نجسة الا خلافا شاذاً فى الخمر أعنى فى كونها نجسة والميتة بجميع اجزائها التى تقبل الحياة وكذلك الخنزير بجميع اجزائه التى تقبل الحياة. واختلف فى الانتفاع بشعره فاجازه ابن القاسم ومنعه أصبغ . وأما القسم الثانى وهى النجاسات التى تدعو الضرورة الى استعمالها كالرجيع والزبل الذى يتخذ فى البساتين فاختلف فى بيعها فى المذهب فقيل بمنعها مطلقاً وقيل باجازتها مطلقا وقيل بالفرق بين العذرة والزبل أعنى اباحة الزبل ومنع العذرة . واختلفوا فيما يتخذ من انياب الفيل لاختلافهم هل هو نجس أم لا فمن رأى انه ناب جعله ميتة ومن رأى انه قرن معكوس جعل حكمه حكم القرن والخلاف فيه فى المذهب .

وأما ما حرم بيعه مما ليس بنجس أو مختلف فى نجاسته فمنها الكلب والسنور .

أما الكلب فاختلفوا في بيعه فقال الشافعي لايجوز بيع الكلب أصلا وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وفرق أصحاب مالك بين كلب الماشية والزرع المأذون في اتخاذه وبين مالا يجوز اتخاذه فاتفقوا على أن مالا يجوز اتخاذه لايجوز بيعه للانتفاع به وامسا كه فأما من أراده للا كل فاختلفوا فيه فمن أجاز أكله أجاز بيعه ولم يجزه على رواية ابن حبيب لم يجز بيعه واختلفوا أيضا في المأذون في اتخاذه فقيل هو حرام وقيل مكروه . فأما الشافعي فعمدته شيئان ، أحدهما ثبوت النهي الوارد عن ثمن الكلب عن النبي صلى الله عليه وسلم ، والثاني أن الكلب عنده نجس العين كالخنزير وقد ذكرنا دليله في ذلك في كتاب الطهارة . وأما من أجازه فعمدته أنه طاهر العين غير محرم الاكل فجاز بيعه كالاشياء الطاهرة العين وقدتقدم أيضا في كتاب الطهارة استدلال من رأى انه طاهر العين وفي كتاب الاطعمة استدلال من رأى أنه حلال ومن فرق أيضا فعمدته أنه غير مباح الا كل ولا مباح الانتفاع به الا مااستثناه الحديث من كلب الماشية أو كلب الزرع ومافي معناه ورويت أحاديث غير مشهورة اقترن فيها بالنهي عن ثمن الكلب استثناء اثمان الكلاب المباحة الاتخاذ . وأما النهي عن ثمن السنور فثابت ولكن الجمهور على اباحته لانه طاهر العين مباح المنافع ✡ فسبب اختلافهم في الكلاب تعارض الادلة . ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الزيت النجس وماضارعه بعد اتفاقهم على تحريم اكله فقال مالك لايجوز بيع الزيت النجس وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة يجوز اذا بين وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك وحجة من حرمه حديث جابر المتقدم انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول ان الله ورسوله حرم الخمر والميتة والخنزير وعمدة من أجازه انه اذا كان في الشيء أكثر من منفعة واحدة وحرم منه واحدة من تلك المنافع انه ليس يلزمه ان يحرم منه سائر المنافع ولاسيما اذا كانت الحاجة الى المنفعة غير المحرمة كالحاجة الى المحرمة فاذا كان الاصل هذا يخرج منه الخمر والميتة والخنزير وبقيت سائر محرمات الاكل على الاباحة أعنى انه ان كان فيها منافع سوى الا كل فبيعت لهذا جاز ورووا عن علي وابن عباس وابن عمر انهم أجازوا بيع الزيت النجس ليستصبح به وفي مذهب مالك جواز الاستصباح به وعمل الصابون مع تحريم بيعه وأجاز ذلك الشافعي أيضا مع تحريم ثمنه وهذا كله ضعيف وقد قيل ان في المذهب رواية أخرى تمنع الاستصباح به وهو ألزم للاصل أعنى لتحريم البيع واختلف أيضا في المذهب في غسله وطبخه هل هو مؤثر في عين النجاسة ومزيل لها على قولين . أحدهما جواز ذلك . والاخر منعه وهما مبنيان على أن الزيت اذا خالطته النجاسة هل نجاسته نجاسة عين أو نجاسة مجاورة فمن رآه نجاسة مجاورة طهره عنده الغسل والطبخ ومن

رته نجاسة عين لم يطهره عنده الطبخ والغسل ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في جواز بيع لبن الآدمية اذا حلب فمالك والشافعي يجوزانه وأبو حنيفة لايجوزه وعمدة من أجاز بيعه انه لبن أبيح شربه فابيح بيعه قياسا على لبن سائر الانعام وأبو حنيفة يرى أن تحليله انما هو لمكان ضرورة الطفل اليه وأنه في الاصل محرم اذ لحم ابن آدم محرم والاصل عندهم ان الالبان تابعة للحوم فقالوا في قياسهم هكذا الانسان حيوان لايؤكل لحمه فلم يجز بيع لبنه أصله لبن الخنزير والاتان * فسبب اختلافهم في هذا الباب تعارض اقيسة الشبه وفروع هذا الباب كثيرة وانما نذكر من المسائل في كل باب المشهور ليجري ذلك مجرى الاصول .

الباب الثاني في بيوع الربا

واتفق العلماء على ان الربا يوجد في شيئين في البيع وفيما تقرر في الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك . فاما الربا فيما تقرر في الذمة فهو صنفان صنف متفق عليه وهو ربا الجاهلية الذي نهي عنه وذلك أنهم كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون فكانوا يقولون انظرني أزدك وهذا هو الذي عناه عليه الصلاة والسلام : بقوله في حجة الوداع ألا وان ربا الجاهلية موضوع وأول ربا أضعه ربا العباس بن عبد المطلب ، والثاني ضع وتعجل وهو مختلف فيه وسنذكره بعد . وأما الربا في البيع فان العلماء أجمعوا على أنه صنفان نسيئة وتفاضل الا ماروى عن ابن عباس من انكاره الربا في التفاضل لما رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : لاربا الا في النسيئة وانما صار جمهور الفقهاء الى أن الربا في هذين النوعين لثبوت ذلك عنه صلى الله عليه وسلم والكلام في الربا ينحصر في أربعة فصول ؛ الفصل الاول في معرفة الاشياء التي لايجوز فيها التفاضل ولايجوز فيها النساء وتبيين علة ذلك ؛ الثاني في معرفة الاشياء التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز فيها النساء ؛ الثالث في معرفة ما يجوز فيه الامران جميعا ؛ الرابع في معرفة ما يعد صنفاً واحدا مما لايعد صنفاً واحداً .

(الفصل الاول)

فنقول أجمع العلماء على ان التفاضل والنساء مما لايجوز واحد منهما في الصنف الواحد من الاصناف التي نص عليها في حديث عبادة بن الصامت الا ما حكي عن ابن عباس وحديث عبادة هو قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم : ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح

الاسواء بسواء عينا بعين فمن زاد أو ازداد فقد أربى فهذا الحديث نص في منع التفاضل في الصنف الواحد من هذه الاعيان . وأما منع النسيئة فيها فثابت من غير ما حديث أشهرها حديث عمر بن الخطاب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الذهب بالذهب ربا الاهاء وهاء والبر بالبر ربا الاهاء وهاء والتمر بالتمر ربا الاهاء وهاء والشعير بالشعير ربا الاهاء وهاء فتضمن حديث عبادة منع التفاضل في الصنف الواحد وتضمن أيضا حديث عبادة منع النساء في الصنفين من هذه واباحة التفاضل وذلك في بعض الروايات الصحيحة وذلك ان فيها بعد ذكره منع التفاضل في تلك الستة وبيعوا الذهب بالورق كيف شئتم يداً بيدوالبر بالشعير كيف شئتم يداً بيد وهذا كله متفق عليه من الفقهاء الا البر بالشعير واختلفوا فيما سوى هذه الستة المنصوص عليها . فقال قوم منهم أهل الظاهر انما يمتنع التفاضل في صنف صنف من هذه الاصناف الستة فقط وأن ماعداها لايمتنع في الصنف الواحد منها التفاضل وقال هؤلاء أيضا ان النساء ممتنع في هذه الستة فقط اتفقت الاصناف أو اختلفت وهذا أمر متفق عليه أعني امتناع النساء فيها مع اختلاف الاصناف الا ماحكي عن ابن علية انه قال اذا اختلف الصنفان جاز التفاضل والنسيئة ماعدى الذهب والفضة فهؤلاء جعلوا النهي المتعلق باعيان هذه الستة من باب الخاص أريد به الخاص وأما الجمهور من فقهاء الامصار فانهم اتفقوا على انه من باب الخاص أريد به العام. واختلفوا في المعنى العام الذي وقع التنبيه عليه بهذه الاصناف أعني في مفهوم علة التفاضل ومنع النساء فيها فالذي استقر عليه حذاق المالكية ان سبب منع التفاضل اما في الاربعة فالصنف الواحد من المدخر المقتات وقد قيل الصنف الواحد المدخر وان لم يكن مقتاتا ومن شرط الادخار عندهم أن يكون في الاكثر وقال بعض أصحابه الربا في الصنف المدخر وان كان نادر الادخار . وأما العلة عندهم في منع التفاضل في الذهب والفضة فهو الصنف الواحد أيضاً مع كونهما رؤسا للأثمان وقيما للمتلفات وهذه العلة هي التي تعرف عندهم بالقاصرة لانها ليست موجودة عندهم في غير الذهب والفضة . وأما علة منع النساء عند المالكية في الاربعة المنصوص عليها فهو الطعم والادخار دون اتفاق الصنف ولذلك اذا اختلفت أصنافها جاز عندهم التفاضل دون النسيئة ولذلك يجوز التفاضل عندهم في المطعومات التي ليست مدخرة أعني في الصنف الواحد منها ولا يجوز النساء . أما جواز التفاضل فلكونها ليست مدخرة وقد قيل أن الادخار شرط في تحريم التفاضل في الصنف الواحد . وأما منع النساء فيها فلكونها مطعومة مدخرة وقد قلنا أن الطعم باطلاق علة لمنع النساء في المطعومات . وأما الشافعية فعلة منع التفاضل عندهم في هذه الاربعة

هو الطعم فقط مع اتفاق الصنف الواحد . وأما علة النساء فالطعم دون اعتبار الصنف مثل قول مالك . وأما الحنفية فعلة منع التفاضل عندهم في هذه الستة واحدة وهو الكيل أو الوزن مع اتفاق الصنف وعلة النساء فيها اختلاف الصنف ما عدا النحاس والذهب فان الاجماع انعقد على انه يجوز فيها النساء ووافق الشافعى مالكا في علة منع التفاضل والنساء في الذهب والفضة أعنى أن كونهما رؤسا للأثمان وقيما للمتلفات هو عندهم علة منع النسيئة اذا اختلف الصنف فاذا اتفقا منع التفاضل والحنفية تعتبر في المكيل قدراً يتأتى فيه الكيل وسيأتى أحكام الدنانير والدراهم بما يخصها فى كتاب الصرف . وأما ههنا فالمقصود هو تبيين مذاهب الفقهاء على علل الربا المطلق في هذه الاشياء وذكر عمدة دليل كل فريق منهم * فنقول أن الذين قصروا صنفى الربا على هذه الاصناف الستة فهم أحد صنفين ، أما قوم نفوا القياس في الشرع أعنى استنباط العلل من الالفاظ وهم الظاهرية ، وأما قوم نفوا قياس الشبه وذلك أن جميع من الحق المسكوت ههنا بالمنطوق به فانما ألحقه بقياس الشبه لا بقياس العلة الا ما حكى عن ابن الماجشون انه اعتبر في ذلك المالية وقال علة منع الربا انما هي حياطة الاموال يريد منع الغبن ، وأما القاضى أبو بكر الباقلانى فلما كان قياس الشبه عنده ضعيفاً وكان قياس المعنى عنده أقوى منه اعتبر في هذا الموضع قياس المعنى اذ لم يتأت له قياس علة فالحق الزبيب فقط بهذه الاصناف الاربعة لانه زعم أنه في معنى التمر ولكل واحد من هؤلاء أعنى من القائسين دليل فى استنباط الشبه الذى اعتبره فى الحاق المسكوت عنه بالمنطوق به من هذه الاربعة أما الشافعية فانهم قالوا فى تثبيت علتهم الشبهية ان الحكم اذا علق باسم مشتق دل على أن ذلك المعنى الذى اشتق منه الاسم هو علة الحكم مثل قوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) فلما علق الحكم بالاسم المشتق وهو السارق علم ان الحكم متعلق بنفس السرقة قالوا واذا كان هذا هكذا وكان قد جاء من حديث سعيد بن عبد الله انه قال كنت أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : الطعام بالطعام مثلا بمثل فن البين ان الطعم هو الذى علق به الحكم . وأما المالكية فانها زادت على الطعم إما صفة واحدة وهو الادخار على مافي الوطأ وإما صفتين وهو الادخار والاقتيات على مااختاره البغداديون وتمسكت فى استنباط هذه العلة بأنه لو كان المقصود الطعم وحده لاكتفى بالتنبيه على ذلك بالنص على واحد من تلك الاربعة الاصناف المذكورة فلما ذكر منها عدداً علم انه قصد بكل واحد منها التنبيه على مافي معناه وهي كلها يجمعها الاقتيات والادخار أما البر والشعير فنبه بهما على أصناف الحبوب المدخرة ونبه بالتمر على جميع أنواع الحلاوات المدخرة

كالسكر والعسل والزبيب ونبه بالملح على جميع التوابل المدخرة لاصلاح الطعام وأيضا فانهم قالوا لما كان معقول المعنى في الربا انما هو أن لا يغبن بعض النـاس بعضا وان تحفظ أموالهم فواجب أن يكون ذلك في أصول المعايش وهي الاقوات ، واما الحنفية فعمدتهم في اعتبار المكيل والموزون انه صلى الله عليه وسلم لما علق التحليل باتفاق الصنف واتفاق القدر وعلق التحريم باتفاق الصنف واختلاف القدر في قوله صلى الله عليه وسلم لعامله بخيبر من حديث أبى سعيد وغيره الا كيلا بكيل يدا بيد رأوا ان التقدير أعنى الكيل أو الوزن هو المؤثر في الحكم كتأثير الصنف وربما احتجوا باحاديث ليست مشهورة فيها تنبيه قوى على اعتبار الكيل أو الوزن منها انهم رووا في بعض الاحاديث المتضمنة المسميات المنصوص عليها في حديث عبادة زيادة وهي كذلك مايكال ويوزن وفي بعضها وكذلك المكيال والميزان هذا نص لو صحت الاحاديث ولكن اذا تؤمل الامر من طريق المعنى ظهر والله أعلم ان علتهم أولى العلل وذلك انه يظهر من الشرع أن المقصود بتحريم الربا انما هو لمكان الغبن الكثير الذى فيه وان العدل فى المعاملات انما هو مقاربة التساوى ولذلك لما عسر ادراك التساوى فى الاشياء المختلفة الذوات جعل الدينار والدرهم لتقويمها أعنى تقديرها ولمـا كانت الاشياء المختلفة الذوات أعنى غير الموزونة والمكيلة العدل فيها انما هو في وجود النسبة أعنى أن تكون نسبة قيمة أحد الشيئين الى جنسه نسبة قيمة الشيء الآخر الى جنسه مثال ذلك أن العـدل اذا باع انسان فرسا بثياب هو أن تكون نسبة قيمة ذلك الفرس الى الافراس هى نسبة قيمة ذلك الثوب الى الثياب فان كان ذلك الفرس قيمته خمسون فيجب أن تكون تلك الثياب قيمتها خمسون فليكن مثلا الذى يساوى هـذا القدر عددها هو عشرة اثواب فاذاً اختلاف هذه المبيعات بعضها ببعض في العدد واجب في المعاملة العدلة أعنى أن يكون عديل فرس عشرة اثواب في المثل . وأما الاشـياء المكيلة والموزونة فلما كانت ليست تختلف كل الاختلاف وكانت منافعها متقاربة ولم تكن حاجة ضرورية لمن كان عنده منها صنف أن يستبدله بذلك الصنف بعينه الا على جهة السرف كان العدل في هـذه انما هو بوجود التساوى فى الكيل أو الوزن اذ كانت لاتتفاوت فى المنافع وأيضا فان منع التفاضل فى هذه الاشياء يوجب ان لا يقع فيها تعامل لكون منافعها غير مختلفة والتعامل انما يضطر اليه في المنافع المختلفة فاذاً منع التفاضل فى هـذه الاشياء أعنى المكيلة والموزونة علتان . إحـداها وجود العـدل فيها . والثنى منع المعاملة اذ كانت المعاملة بها من باب السرف ، وأما الدينار والدرهم فعلة المنع فيها أظهر اذ كانت هذه ليس المقصود منها الربح وانما المقصود بها تقدير الاشياء التى لها منافع ضرورية

وروى مالك عن سعيد بن المسيب انه كان يعتبر في علة الربا في هذه الاصناف الكيل والطعم وهو معنى جيد لكون الطعم ضروريا في أقوات الناس فانه يشبه أن يكون حفظ العين وحفظ السرف فيماهو قوت اهم منه فيما ليس هو قوتاً وقدروى عن بعض التابعين أنه اعتبر في الربا الاجناس التى تجب فيها الزكاة وعن بعضهم الانتفاع مطلقا أعنى المالية وهو مذهب ابن الماجشون .

(الفصل الثانى)

فيجب من هذا أن تكون علة امتناع النسيئة في الربويات هى الطعم عند مالك والشافعى . وأما في غير الربويات مما ليس بمطعوم فان علة منع النسيئة فيه عند مالك هو الصنف الواحد المتفق المنافع مع التفاضل وليس عند الشافعى نسيئة في غير الربويات . وأما أبو حنيفة فعلة منع النساء عنده هو الكيل في الربويات وفي غير الربويات الصنف الواحد متفاضلا كان أو غير متفاضل وقد يظهر من ابن القاسم عن مالك انه يمنع النسيئة فى هذه لانه عنده من باب السلف الذى يجر منفعة .

(الفصل الثالث)

وأما مايجوز فيه الامران جميعا أعنى التفاضل والنساء فالم يكن ربويا عند الشافعى. وأما عند مالك فالم يكن ربويا ولاكان صنفا واحدا متماثلا أو صنفا واحدا باطلاق على مذهب أبى حنيفة ومالك يعتبر في الصنف المؤثر فى التفاضل في الربويات وفى النساء في غير الربويات اتفاق المنافع واختلافها فاذ اختلفت جعلها صنفين وان كان الاسم واحداً وأبو حنيفه يعتبر الاسم وكذلك الشافعى وان كان الشافعى ليس الصنف عنده مؤثراً الا في الربويات فقط أعنى انه يمنع التفاضل فيه وليس هو عنده علة للنساء أصلا فهذا هو تحصيل مذاهب هؤلاء الفقهاء الثلاثة في هذه الفصول الثلاث فاما الاشياء التى لا تجوز فيها النسيئة فانها قسمان منها مالايجوز فيها التفاضل وقد يقدم ذكرها ومنها ما يجوز فيها التفاضل . فاما الاشياء التى لايجوز فيها التفاضل فعلة امتناع النسيئة فيها هو الطعم عند مالك وعند الشافعى الطعم فقط وعند أبى حنيفة مطعومات الكيل والوزن فاذا اقترن بالطعم اتفاق الصنف حرم التفاضل عند الشافعى واذا اقترن وصف ثالث وهو الادخار حرم التفاضل عند مالك واذا اختلف الصنف جاز التفاضل وحرمت النسيئة . وأما الاشياء التى ليس يحرم التفاضل فيها عند مالك فانها صنفان اما مطعومة واما غير مطعومة فالنساء عنده لايجوز فيها وعلة المنع الطعم . وأما غير المطعومة فانه لايجوز فيها النساء عنده

فيما اتفقت منافعه مع التفاضل فلا يجوز عنده شاة واحدة بشاتين الى أجل الا ان تكون احداهما حلوبة والاخرى أكولة هذا هو المشهور عنه وقد قيل انه يعتبر اتفاق المنافع دون التفاضل فعلى هذا لا يجوز عنده شاة حلوبة بشاة حلوبة الى اجل فاما اذا اختلفت المنافع فالتفاضل والنسيئة عنده جائزان وان كان الصنف واحدا وقيل يعتبر اتفاق الاسماء مع اتفاق المنافع والاشهر أن لا يعتبر وقد قيل يعتبر . وأما أبو حنيفة فالمعتبر عنده في منع النساء ما عدا التى لا يجوز عنده فيها التفاضل هو اتفاق الصنف اتفقت المنافع او اختلفت فلا يجوز عنده شاة بشاة ولا بشاتين نسيئة وان اختلفت منافعها وأما الشافعي فكل ما لا يجوز التفاضل عنده في الصنف الواحد يجوز فيه النساء فيجيز شاة بشاتين نسيئة ونقداً وكذلك شاة بشاة ودليل الشافعي حديث عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أمره أن يأخذ في قلائص الصدقة البعير بالبعيرين الى الصدقة قالوا فهذا التفاضل في الجنس الواحد مع النساء . وأما الحنفية فاحتجت بحديث الحسن عن سمرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: نهى عن بيع الحيوان بالحيوان قالوا وهذا يدل على تأثير الجنس على الانفراد في النسيئة . وأما مالك فعمدته في مراعاة منع النساء عند اتفاق الاغراض سد الذريعة وذلك أنه لا فائدة في ذلك الا أن يكون من باب سلف يجر نفعا وهو يحرم وقد قيل عنه أنه أصل بنفسه وقد قيل عن الكوفيين انه لا يجوز بيع الحيوان بالحيوان نسيئة اختلف الجنس او اتفق على ظاهر حديث سمرة فكان الشافعي ذهب مذهب الترجيح لحديث عمرو بن العاص والحنفية لحديث سمرة مع التأويل له لان ظاهره يقتضى أن لا يجوز الحيوان بالحيوان نسيئة اتفق الجنس أو اختلف وكان مالكا ذهب مذهب الجمع فحمل حديث سمرة على اتفاق الاغراض وحديث عمرو بن العاص على اختلافها وسماع سمرة من الحسن مختلف فيه ولكن صححه الترمذي ويشهد لمالك مارواه الترمذي عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : الحيوان اثنان بواحد لا يصلح لنساء ولا بأس به يداً بيد . وقال ابن المنذر ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى عبداً بعبدين أسودين واشترى جارية بسبعة أرؤس وعلى هذا الحديث يكون بيع الحيوان بالحيوان يشبه ان يكون أصلا بنفسه لا من قبل سد ذريعة . واختلفوا فيما لا يجوز بيعه نساء هل من شرطه التقابض في المجلس قبل الافتراق في سائر الربويات بعد اتفاقهم في اشتراط ذلك في المصارفة لقوله عليه الصلاة والسلام : لا تبيعوا منها غائبا بناجز فمن شرط فيها التقابض في المجلس شبهها بالصرف ومن لم يشترط ذلك قال أن القبض قبل التفرق

ليس شرطا في البيوع الا ماقام الدليل عليه ولما قام الدليل على الصرف فقط بقيت سائر الربويات على الأصل .

﴿ الفصل الرابع ﴾

واختلفوا من هذا الباب فيما يعد صنفا واحداً وهو المؤثر فى التفاضل مما لا يعد صنفا واحداً في مسائل كثيرة لكن نذكر منها أشهرها وكذلك اختلفوا في صفات الصنف الواحد المؤثر فى التفاضل هل من شرطه أن لا يختلف بالجودة والرداءة ولا باليبس والرطوبة فاما اختلافهم فيما يعد صنفاً واحدا مما لا يعد صنفاً واحداً فمن ذلك القمح والشعير صار قوم الى أنهما صنف واحد وصار آخرون الى أنهما صنفان فبالاول قال مالك والاوزاعى وحكاه مالك فى الموطأ عن سعيد بن المسيب وبالثانى قال الشافعى وأبو حنيفة وعمدتهما السماع والقياس . أما السماع فقوله صلى الله عليه وسلم : لا تبيعوا البر بالبر والشعير بالشعير الا مثلا بمثل فجعلهما صنفين وأيضا فان في بعض طرق حديث عبادة ابن الصامت وبيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم والبر بالشعير كيف شئتم والملح بالتمر كيف شئتم يدا بيد ذكره عبد الرزاق ووكيع عن الثورى وصحح هذه الزيادة الترمذى وأما القياس فلانهما شيئان اختلفت اسماؤهما ومنافعهما فوجب أن يكونا صنفين أصله الفضة والذهب وسائر الاشياء المختلفة فى الاسم والمنفعة . وأما عمدة مالك فانه عمل سلفه بالمدينة وأما أصحابه فاعتمدوا فى ذلك أيضا السماع والقياس أما السماع فما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام : قال الطعام مثلا بمثل فقالوا اسم الطعام يتناول البر والشعير وهذا ضعيف فان هذا عام تفسره الاحاديث الصحيحة وأما من طريق القياس فانهم عددوا كثيراً من اتفاقهما في المنافع والمتفقة المنافع لايجوز التفاضل فيها باتفاق والسلت عند مالك والشعير صنف واحد وأما القطنية فانها عنده صنف واحد في الزكاة وعنه في البيوع روايتان احداهما انها صنف واحد والاخرى انها أصناف * وسبب الخلاف تعارض اتفاق المنافع فيها واختلافها فمن غلب الاتفاق قال صنف واحد ومن غلب الاختلاف قال صنفان أو أصناف والارز والدخن والجاورس عنده صنف واحد .

(مسئلة) واختلفوا من هذا الباب في الصنف الواحد من اللحم الذى لايجوز فيه التفاضل فقال مالك اللحوم ثلاثة أصناف فلحم ذوات الاربع صنف ولحم ذوات الماء صنف ولحم الطير كله صنف واحد أيضا وهذه الثلاثة الاصناف مختلفة يجوز فيها

التفاضل وقال أبو حنيفة كل واحد من هذه هو أنواع كثيرة والتفاضل فيه جائز الا في النوع الواحد بعينه وللشافعي قولان ، أحدهما مثل قول أبي حنيفة ، والآخر ان جميعها صنف واحد وأبو حنيفة يجيز لحم الغنم بالبقر متفاضلا ومالك لايجيزه والشافعي لايجيز بيع لحم الطير بلحم الغنم متفاضلا ومالك يجيزه وعمدة الشافعي قوله عليه الصلاة والسلام : الطعام بالطعام مثلا بمثل ولأنها اذا فارقتها الحياة زالت الصفات التي كانت بها تختلف ويتناولها اسم اللحم تناولا واحداً وعمدة المالكية ان هذه اجناس مختلفة فوجب أن يكون لحمها مختلفاً والحنفية تعتبر الاختلاف الذي في الجنس الواحد من هذه ونقول ان الاختلاف الذي بين الانواع التي في الحيوان أعني في الجنس الوحد منه كأنك قلت الطائر هو وزان الاختلاف الذي بين التمر والبر والشعير وبالجملة فكل طائفة تدعي ان وزان الاختلاف الذي بين الاشياء المنصوص عليها هو الاختلاف الذي تراه في اللحم والحنفية أقوى من جهة المعنى لان تحريم التفاضل انما هو عند اتفاق المنفعة .

(مسئلة) واختلفوا من هذا الباب في بيع الحيوان بالميت على ثلاثة أقوال ، قول انه لايجوز باطلاق وهو قول الشافعي والليث ، وقول انه يجوز في الاجناس المختلفة التي يجوز فيها التفاضل ولا يجوز ذلك في المتفقة أعني الربوية لمكان الجهل الذي فيهامن طريق التفاضل وذلك في التي المقصود منها الاكل وهو قول مالك فلا يجوز شاة مذبوحة بشاة تراد للاكل وذلك عنده في الحيوان المأكول حتى انه لايجيز الحي بالحي اذا كان المقصود الاكل من أحدهما فهي عنده من هذا الباب أعني ان امتناع ذلك عنده من جهة الربا والمزابنة وقول ثالث انه يجوز مطلقا وبه قال أبو حنيفة ✡ وسبب الخلاف معارضة الاصول في هذا الباب المرسل سعيد بن المسيب وذلك ان مالكا روى عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان باللحم فمن لم تنقدح عنده معارضة هذا الحديث لاصل من أصول البيوع التي توجب التحريم قال به ومن رأى ان الاصول معارضة له وجب عليه أحد أمرين ، إما ان يغلب الحديث فيجعله أصلا زائدا بنفسه . أو يرده لمكان معارضة الاصول له فالشافعي غلب الحديث وأبو حنيفة غلب الاصول ومالك رده الى أصوله في البيوع وجعل البيع فيه من باب الربا أعني بيع الشيء الربوي بأصله مثل بيع الزيت بالزيتون وسيأتي الكلام على هذا الاصل فانه الذي يعرفه الفقهاء بالمزابنة وهي داخلة في الربا بجهة وفي الغرر بجهة وذلك أنها ممنوعة في الربويات من جهة الربا والغرر وفي غير الربويات من جهة الغرر فقط الذي سببه الجهل بالخارج عن الاصل .

(مسئلة) ومن هذا الباب اختلافهم في بيع الدقيق بالحنطة مثلا بمثل فالاشهر عن مالك جوازه وهو قول مالك في موطئه ، وروى عنه انه لايجوز وهو قول الشافعى وأبى حنيفة وابن الماجشون من أصحاب مالك وقال بعض أصحاب مالك ليس هو اختلافا من قوله وانما رواية المنع اذا كان اعتبار المثلية بالكيل لان الطعام اذا صار دقيقا اختلف كيله ورواية الجواز اذا كان الاعتبار بالوزن . وأما أبو حنيفة فالمنع عنده فى ذلك من قبل ان أحدهما مكيل والآخر موزون ومالك يعتبر الكيل أو الوزن فيما جرت العادة ان يكال أو يوزن والعدد فيما لايكال ولايوزن واختلفوا من هذا الباب فيما تدخله الصنعة مما أصله منع الربا فيه مثل الخبز بالخبز فقال أبو حنيفة لابأس ببيع ذلك متفاضلا ومتماثلا لانه قد خرج بالصنعة عن الجنس الذى فيه الربا ، وقال الشافعى لايجوز متماثلا فضلا عن متفاضل لانه قد غيرته الصنعة تغيراً جهلت به مقاديره التى تعتبر فيها المماثلة . وأما مالك فالاشهر في الخبز عنده انه يجوز متماثلا وقد قيل فيه انه يجوز فيه التفاضل والتساوى . وأما العجين بالعجين فجائز عنده مع المماثلة * وسبب الخلاف هل الصنعة تنقله من جنس الربويات أو ليس تنقله وان لم تنقله فهل تمكن المماثلة فيه أو لاتمكن فقال أبو حنيفة تنقله وقال مالك والشافعى لاتنقله . واختلفوا في امكان المماثلة فيهما فكان مالك يجيز اعتبار المماثلة في الخبز واللحم بالتقدير والحزر فضلا عن الوزن . وأما اذا كان أحد الربويين لم تدخله صنعة والآخر قد دخلته الصنعة فان مالكا يرى في كثير منها ان الصنعة تنقله من الجنس أعنى من أن يكونا جنسا واحدا فيجيز فيها التفاضل وفى بعضها ليس يرى ذلك وتفصيل مذهبه في ذلك عسير الانفصال فاللحم المشوى والمطبوخ عنده من جنس واحد والحنطة المقلوة عنده وغير المقلوة جنسان وقد رام أصحابه التفصيل في ذلك والظاهر من مذهبه انه ليس في ذلك قانون من قوله حتى ينحصر فيه أقواله فيها وقد رام حصرها الباجى فى المنتقى وكذلك أيضا يعسر حصر المنافع التى توجب عنده الاتفاق في شيء شيء من الاجناس التى يقع بها التعامل وتمييزها من التى لاتوجب ذلك أعنى في الحيوان والعروض والنبات * وسبب العسر أن الانسان اذا سئل عن أشياء متشابهة في أوقات مختلفة ولم يكن عنده قانون يعمل عليه في تمييزها الا مايعطيه بادىء النظر في الحال جاوب فيها بجوابات مختلفة فاذا جاء من بعده أحد فرام ان يجرى تلك الاجوبة على قانون واحد وأصل واحد عسر ذلك عليه وأنت تتبين ذلك من كتبهم فهذه هى أمهات هذا الباب .

(فصل) وأما اختلافهم في بيع الربوى الرطب بجنسه من اليابس مع وجود التماثل فى القدر والتناجز فان السبب في ذلك ماروى مالك عن سعيد بن أبى وقاص

انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم : يسئل عن شراء التمر بالرطب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أينقص الرطب اذا جف فقالوا نعم فنهى عن ذلك فاخذ به أكثر العلماء وقال لايجوز بيع التمر بالرطب على حال مالك والشافعي وغيرهما وقال أبو حنيفة يجوز ذلك وخالفه في ذلك صاحباه محمد بن الحسن وأبو يوسف وقال الطحاوى بقول أبى حنيفة * وسبب الخلاف معارضة ظاهر حديث عبادة وغيره له واختلافهم في تصحيحه وذلك ان حديث عبادة اشترط في الجواز فقط المماثلة والمساواة وهذا يقتضى بظاهره حال العقد لاحال المآل فمن غلب ظواهر أحاديث الربويات رد هذا الحديث ومن جعل هذا الحديث أصلا بنفسه قال هو أمر زائد ومفسر لاحاديث الربويات والحديث أيضا اختلف الناس فى تصحيحه ولم يخرجه الشيخان قال الطحاوى خولف فيه عبد الله فرواه يحي بن كثير عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر نسيئة وقال ان الذى يروى عنه هذا الحديث عن سعد بن أبى وقاص هو مجهول لكن جمهور الفقهاء صاروا الى العمل به وقال مالك في موطئه قياسا به على تعليل الحكم في هذا الحديث، وكذلك كل رطب بيابس من نوعه حرام يعنى منع المماثلة كالعجين بالدقيق واللحم اليابس بالرطب وهو أحد قسمى المزابنة عند مالك المنهى عنها عنده والعرية عنده مستثناة من هذا الاصل وكذلك عند الشافعى والمزابنة عند أبى حنيفة المنهى عنها هو بيع التمر على الارض بالتمر في رؤس النخيل لموضع الجهل بالمقدار الذى بينهما أعنى بوجود التساوى وطرد الشافعى هذه العلة في الشيئين الرطبين فلم يجز بيع الرطب بالرطب ولا العجين بالعجين مع التماثل لانه زعم أن التفاضل يوجد بينهما عند الجفاف وخالفه في ذلك جل من قال بهذا الحديث . وأما اختلافهم في بيع الجيد بالردئ في الاصناف الربوية فذلك يتصور بأن يباع منها صنف واحد وسط في الجودة بصنفين أحدهما أجود من ذلك الصنف والآخر أردأ مثل ان يبيع مدين من تمر وسط بمدين من تمر ، أحدهما أعلى من الوسط ، والآخر أدون منه فان مالكا يرد هذا لانه يتهمه أن يكون انما قصد ان يدفع مدين من الوسط في مد من الطيب فجعل معه الردىء ذريعة الى تحليل مالايجب من ذلك ووافقه الشافعى في هذا ولكن التحريم عنده ليس هو فيما أحسب لهذه التهمة لانه لايعمل التهم ولكن يشبه أن يعتبر التفاضل في الصفة وذلك انه متى لم تكن زيادة الطيب على الوسط مثل نقصان الردىء عن الوسط والا فليس هناك مساواة فى الصفة ومن هذا الباب اختلافهم في جواز بيع صنف من الربويات بصنف مثله وعرض أو دنانير أو دراهم اذا كان الصنف الذى يجعل معه العرض أقل من ذلك الصنف المفرد أو يكون مع كل واحد منهما

عرض والصنفان مختلفان في القدر ، فالاول مثل ان يبيع كيلين من التمر بكيل من التمر ودرهم ، والثانى مثل ان يبيع كيلين من التمر وثوب بثلاثة أكيال من التمر ودرهم فقال مالك والشافعى والليث ان ذلك لايجوز، وقال أبو حنيفة والكوفيون ان ذلك جائز ☆ فسبب الخلاف هل مايقابل العرض من الجنس الربوى ينبغى أن يكون مساويا له فى القيمة أو يكفى فى ذلك رضا البائع فمن قال الاعتبار بمساواته في القيمة قال لايجوز لمكان الجهل بذلك لانه اذا لم يكن العرض مساويا لفضل أحد الربويين على الثانى كان التفاضل ضرورة مثل ذلك انه ان باع كيلين من تمر بكيل وثوب فقد يجب ان تكون قيمة الثوب تساوى لكيل ، والا وقع التفاضل ضرورة .وأما أبو حنيفة فيكتفى في ذلك بان يرضى به المتبايعان ومالك يعتبر أيضا في هذا سد الذريعة لانه انما جعل جاعل ذلك ذريعة الى بيع الصنف الواحد متفاضلا فهذه مشهورات مسائلهم فى هذا الجنس .

﴿ باب في بيوع الذرائع الربوية ﴾

وههنا شيء يعرض المتبايعين اذا قبل أحدهما الآخر بزيادة أونقصان والمتبايعين اذا اشترى أحدهما من صاحبه الشيء الذي باعه بزيادة أونقصان وهو ان يتصور بينهما من غير قصد الى ذلك تبايع ربوى مثل أن يبيع انسان من انسان سلعة بعشرة دنانير نقداً ثم يشتريها منه بعشرين الى أجل فاذا أضيفت البيعة الثانية الى الاولى استقر الامر على أن أحدهما دفع عشرة دنانير في عشرين الى أجل وهذا هو الذى يعرف ببيوع الآجال فنذكر من ذلك مسألة في الاقالة ومسئلة من بيوع الاجال اذ كان هذا الكتاب ليس المقصود به التفريع وانما المقصود فيه تحصيل الاصول .

(مسئلة) لم يختلفوا أن من باع شيئاًما كانك قلت عبداً بمائة دينار مثلا الى أجل ثم ندم البائع فسأل المبتاع أن يصرف اليه مبيعه ويدفع اليه عشرة دنانير مثلا نقداً أو الى أجل أن ذلك يجوز وأنه لا بأس بذلك وأن لاقالة عندهم اذا دخلتها الزيادة والنقصان هي بيع مستأنف ولا حرج في أن يبيع الانسان الشيء بثمن ثم يشتريه بأكثر منه لانه في هذه المسئلة اشترى منه البائع الاول العبد الذى باعه بالمائة التى وجبت له وبالعشرة مثاقيل التى زادها نقداً أو الى اجل وكذلك لا خلاف بينهم لو كان البيع بمئة دينار الى أجل والعشرة مثاقيل نقداأو الى أجل . واما ان ندم المشترى في هذه المسألة وسأل الاقالة على أن يعطى البائع العشرة المثاقيل نقدا أو الى أجل

أبعدمن الاجل الذى وجبت فيه المائة فهنا اختلفوافقال مالك لا يجوز وقال الشافعى يجوز ووجه ما كره من ذلك مالك ان ذلك ذريعة الى قصد بيع الذهب بالذهب الى أجل والى بيع ذهب وعرض بذهب لان المشترى دفع العشرة مثاقيل والعبد في المائة دينار التى عليه وأيضا يدخله بيع وسلف كان المشترى باعه العبد بتسعين وأسلفه عشرة الى الاجل الذى يجب عليه فيقبضها من نفسه لنفسه . وأما الشافعى فهذا كله عنده جائز لانه شراء مستأنف ولا فرق عنده بين هذه المسئلة وبين أن تكون لرجل على رجل مائة دينار مؤجلة فيشترى منه غلاماً بالتسعين دينارا التى عليه ويتعجل له عشرة دنانير وذلك جائز باجماع قال وحمل الناس على التهم لا يجوز وأما أن كان البيع الاول نقدا فلا خلاف في جواز ذلك لانه ليس يدخله بيع ذهب بذهب نسيئة الا ان مالكا كره ذلك لمن هو من أهل العينة أعنى الذى يداين الناس لانه عنده ذريعة لسلف في أكثر منه يتوصلان اليه بما أظهرا من البيع من غير ان تكون له حقيقة . وأما البيوع التى يعرفونها ببيوع الآجال فهى ان يبيع الرجل سلعة بثمن الى أجل ثم يشتريها بثمن آخر الى أجل آخر أو نقدا . وهنا تسع مسائل اذا لم تكن هناك زيادة عرض اختلف منها في مسألتين واتفق في الباقى وذلك أنه من باع شيئا الى أجل ثم اشتراه . فاما أن يشتريه الى ذلك الاجل بعينه أو قبله أو بعده وفى كل واحد من هذه الثلاثة . إما أن يشتريه بمثل الثمن الذى باعه به منه وإما بأقل . وإما بأكثر مختلف من ذلك في اثنين وهو أن يشتريها قبل الاجل نقدا بأقل من الثمن أو الى أبعد من ذلك الاجل بأكثر من ذلك الثمن فعند مالك وجمهور أهل المدينة أن ذلك لا يجوز وقال الشافعى وداود وأبو ثور يجوز فمن منعه فوجه منعه اعتبار البيع الثانى بالبيع الاول فاتهمه ان يكون انما قصد دفع دنانير في أكثر منها الى أجل وهو الربا المنهى عنه فزورا لذلك هذه الصورة ليتصلا بها الى الحرام مثل أن يقول قائل لآخر أسلفنى عشرة دنانير الى شهر وارد اليك عشرين دينارا فيقول هذا لا يجوز ولكن أبيع منك هذا الحمار بعشرين الى شهر ثم اشتريه منك بعشرة نقدا . وأما في الوجوه الباقية فليس يتهم فيها لانه ان أعطى أكثر من الثمن في أقل من ذلك الاجل لم يتهم وكذلك ان اشتراها بأقل من ذلك الثمن الى أبعد من ذلك الاجل . ومن الحجة لمن رأى هذا الرأى حديث أبى العالية عن عائشة أنها سمعتها وقد قالت لها امرأة كانت أم ولد لزيد بن أرقم يا أم المؤمنين انى بعت من زيد عبدا الى العطاء بثمانمائة فاحتاج الى ثمنه فاشتريته منه قبل محل الاجل بستمائة فقالت عائشة بئسما شريت وبئسما اشتريت أبلغى زيدا أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم

ان لم يتب قالت ارأيت ان تركت وأخذت الستمائة دينار قالت نعم (فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف) وقال الشافعي وأصحابه لا يثبت حديث عائشة وأيضا فان زيدا قد خالفها واذا اختلفت الصحابة فمذهبنا القياس وروى مثل قول الشافعي عن ابن عمر . وأما اذا حدث بالمبيع نقص عند المشترى الاول فان الثورى وجماعة من الكوفيين أجازوا لبائعه بالنظرة أن يشتريه نقدا بأقل من ذلك الثمن وعن مالك في ذلك روايتان والصور التى يعتبرها مالك في الذرائع في هذه البيوع هي ان يتذرع منها الى أنظرنى أزدك او الى بيع ما لا يجوز متفاضلا او بيع مالا يجوز نساء او الى بيع وسلف او الى ذهب وعرض بذهب او الى ضع وتعجل او بيع الطعام قبل ان يستوفي او بيع وصرف فان هذه هي اصول الربا ومن هذا الباب اختلافهم فيمن باع طعاما بطعام قبل ان يقبضه فمنعه مالك وأبو حنيفة وجماعة واجازه الشافعي والثورى والاوزاعي وجماعة وحجة من كرهه انه شبيه ببيع الطعام بالطعام نساء ومن اجازه لم ير ذلك فيه اعتبارا بترك القصد الى ذلك ومن ذلك اختلافهم فيمن اشترى طعاما بثمن الى اجل معلوم فلما حل الاجل لم يكن عند البائع طعام يدفعه اليه فاشترى من المشترى طعامابثمن يدفعه اليه مكان طعامه الذى وجب له فاجاز ذلك الشافعي وقال لافرق بين ان يشترى الطعام من غير المشترى الذى وجب له عليه او من المشترى نفسه ومنع من ذلك مالك ورآه من الذريعة الى بيع الطعام قبل ان يستوفي لانه رد عليه الطعام الذى كان ترتب في ذمته فيكون قد باعه منه قبل ان يستوفيه وصورة الذريعة في ذلك ان يشترى رجل من آخر طعاما الى أجل معلوم فاذا حل الاجل قال الذى عليه الطعام ليس عندى طعام ولكن أشترى منك الطعام الذى وجب لك على فقال هذا لايصح لانه بيع الطعام قبل ان يستوفي فيقول له فبع طعاما منى وارده عليك فيعرض من ذلك ماذكرناه اعنى ان يرد عليه ذلك الطعام الذى أخذ منه ويبقى الثمن المدفوع انما هو ثمن الطعام الذى هو في ذمته . وأما الشافعي فلا يعتبر التهم كما قلنا وانما يراعى مايحل ويحرم من البيوع ماااشترطاوذكراه بالسنتهما وظهر من فعلهما لاجماع العلماء على أنه اذا قال أبيعك هذه الدراهم بدراهم مثلها وأنظرك بها حولا أو شهراً انه لايجوز ولو قال له أسلفنى دراهم وأمهلنى بها حولا أو شهراً جاز فليس بينهما الا اختلاف لفظ البيع وقصده ولفظ القرض وقصده ولما كانت أصول الربا كما قلنا خمسة انظرنى أزدك والتفاضل والنساء وضع وتعجل وبيع الطعام قبل قبضه فانه يظن انه من هذا الباب اذ فاعل ذلك يدفع دنانير ويأخذ أكثر منها من غير تكلف فعل ولاضمان يتعلق بذمته فينبغي ان نذكرها هنا هذين

الاصلين أما ضع وتعجل وأجازه ابن عباس من الصحابة وزفر من فقهاء الامصار ومنعه جماعة منهم ابن عمر من الصحابة ومالك وأبو حنيفة والثورى وجماعة من فقهاء الامصار؛ واختلف قول الشافعى في ذلك فاجاز مالك وجمهور من ينكر ضع وتعجل ان يتعجل الرجل في دينه المؤجل عرضا يأخذه وان كانت قيمته أقل من دينه وعمدة من لم يجز ضع وتعجل انه شبيه بالزيادة مع النظرة المجتمع على تحريمها ووجه شبهه بها انه جعل للزمان مقدارا من الثمن بدلا منه في الموضعين جميعا وذلك انه هنالك لما زاد له في الزمان زاد له عرضه ثمنا وهنا لما حط عنه الزمان حط عنه في مقابلته ثمنا وعمدة من أجازه ماروى عن ابن عباس ان النبى صلى الله عليه وسلم : لما أمر باخراج بنى النضير جاءه ناس منهم فقالوا يانبى الله انك أمرت باخراجنا ولنا على الناس ديون لم تحل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ضعوا وتعجلوا ☆ فسبب الخلاف معارضة قياس الشبه لهذا الحديث . وأما بيع الطعام قبل قبضه فان العلماء مجمعون على منع ذلك الا مايحكى عن عثمان البتى وانما أجمع العلماء على ذلك لثبوت النهى عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من حديث مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من ابتاع طعاما فلايبعه حتى يقبضه واختلف من هذه المسألة في ثلاثة مواضع ؛ أحدها فيما يشترط فيه القبض من المبيعات، والثانى في الاستفادات التى يشترط في بيعها القبض من التى لايشترط ، والثالث في الفرق بين مايباع من الطعام مكيلا وجزافا ففيه ثلاثة فصول .

(الفصل الاول)

وأما بيع ماسوى الطعام قبل القبض فلاخلاف في مذهب مالك في اجازته. وأما الطعام الربوى فلا خلاف في مذهبه ان القبض شرط في بيعه . وأما غير الربوى من الطعام فعنه في ذلك روايتان ؛ احداهما المنع وهي الاشهر وبها قال أحمد وأبو ثور الا أنهما اشترطا مع الطعم الكيل والوزن والرواية الاخرى الجواز . وأما أبو حنيفة فالقبض عنده شرط في كل مبيع ماعدا المبيعات التى لاتنتقل ولا تحول وهي الدور والعقار . وأما الشافعى فان القبض عنده شرط في كل مبيع وبه قال الثورى وهو مروى عن جابر بن عبد الله وابن عباس وقال أبو عبيد واسحاق كل شيء لايكال ولايوزن فلابأس ببيعه قبل قبضه فاشترط هؤلاء القبض في المكيل والموزون وبه قال ابن حبيب وعبد العزيز بن أبى سلمة وربيعة وزاد هؤلاء مع الكيل والوزن المعدود فتحصل فى اشتراط القبض سبعة أقوال، الاول الطعام الربوى فقط ؛ والثانى فى

الطعام باطلاق ، الثالث فى الطعام المكيل والموزون ،الرابع فى كل شيء ينقل ،الخامس فى كل شيء ، السادس فى المكيل والموزون ، السابع فى المكيل والموزون والمعدود أما عمدة مالك فى منعه ماعدا المنصوص عليه فدليل الخطاب فى الحديث المتقدم وأما عمدة الشافعى فى تعميم ذلك فى كل بيع فعموم قوله عليه الصلاة والسلام : لايحل بيع وسلف ولا ربح مالم يضمن ولا بيع ماليس عندك وهذا من باب بيع مالم يضمن وهذا مبنى على مذهبه من أن القبض شرط فى دخول المبيع فى ضمان المشترى واحتج أيضاً بحديث حكيم بن حزام قال قلت يارسول الله انى أشترى بيوعا فما يحل لى منها وما يحرم فقال ياابن أخى اذا اشتريت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه قال أبو عمر وحديث حكيم بن حزام رواه يحيى بن أبى كثير عن يوسف بن ماهك ان عبد الله بن عصمة حدثه ان حكيم بن حزام قال ويوسف بن ماهك، وعبدالله بن عصمة لاأعرف لهما جرحة الا أنه لم يرو عنهما الا رجل واحد فقط وذلك فى الحقيقة ليس بجرحة وان كرهه جماعة من المحدثين ومن طريق المعنى ان بيع مالم يقبض يتطرق منه الى الربا وانما استثنى أبو حنيفة مايحول وينقل عنده مما لاينقل لان ماينقل القبض عنده فيه هي التخلية . وأما من اعتبر الكيل والوزن فلاتفاقهم ان المكيل والموزون لايخرج من ضمان البائع الى ضمان المشترى الابالكيل أو الوزن وقد نهى عن بيع مالم يضمن.

☆(الفصل الثانى)☆

وأما مايعتبر ذلك فيه ممالايعتبر فان العقود تنقسم أولا الى قسمين . قسم يكون بمعاوضة . وقسم يكون بغير معاوضة كالهبات والصدقات والذى يكون بمعاوضة ينقسم ثلاثة اقسام . أحدها يختص بقصد المغابنة والمكايسة وهى البيوع والاجارات والمهور والصلح والمال المضمون بالتعدى وغيره . والقسم الثانى لايختص بقصد المغابنة وانما يكون على جهة الرفق وهو القرض ، والقسم الثالث فهو مايصح أن يقع على الوجهين جميعا أعنى على قصد المغابنة وعلى قصد الرفق كالشركة والاقالة والتولية وتحصيل أقوال العلماء فى هذه الاقسام . أما ما كان بيعا وبعوض فلا خلاف فى اشتراط القبض فيه وذلك فى الشيء الذى يشترط فيه القبض واحد واحد من العلماء وأما ما كان خالصا للرفق أعنى القرض فلا خلاف أيضا ان القبض ليس شرطا فى بيعه أعنى انه يجوز للرجل أن يبيع القرض قبل أن يقبضه واستثنى ابو حنيفة مما يكون بعوض المهر والخلع فقال يجوز بيعهما قبل القبض . وأما العقود التى تتردد بين قصد الرفق والمغابنة وهى التولية والشركة والاقالة فاذا وقعت على وجه الرفق من غير أن تكون الاقالة أو التولية بزيادة أو نقصان

فلا خلاف أعلمه في المذهب ان ذلك جائز قبل القبض وبعده ، وقال أبو حنيفة والشافعى لاتجوز الشركة ولا التولية قبل القبض وتجوز الاقالة عندهما لانها قبل القبض فسخ بيع لا بيع فعمدة من اشترط القبض في جميع المعاوضات انها في معنى البيع المنهى عنه وانما استثنى مالك من ذلك التولية والاقالة والشركة للاثر والمعنى . أما الاثر فما رواه من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : قال من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه الاماكان من شركة أو تولية أو اقالة . واما من طريق المعنى فان هذه انما يراد بها الرفق لا المغابنة اذا لم تدخلها زيادة ولا نقصان وانما استثنى من ذلك أبو حنيفة الصداق والخلع والجعل لان العوض في ذلك ليس بينا اذلم يكن عينا .

✩(الفصل الثالث)✩

وأما اشتراط القبض فيما بيع من الطعام جزافا فان مالكا رخص فيه وأجازه وبه قال الاوزاعى ولم يجز ذلك أبو حنيفة والشافعى وحجتهما عموم الحديث المتضمن للنهى عن بيع الطعام قبل قبضه لان الذريعة موجودة في الجزاف وغير الجزاف ومن الحجة لهما ماروى عن ابن عمر أنه قال كنا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم نبتاع الطعام جزافا فيبعث الينا من يأمرنا بانتقاله من المكان الذى ابتعناه فيه الى مكان سواه قبل أن نبيعه قال ابن عمر وان كان مالك لم يرو عن نافع في هذا الحديث ذكر الجزاف فقد رونه جماعة وجوده عبيد الله بن عمر وغيره وهو مقدم في حفظ حديث نافع وعمدة المالكية أن الجزاف ليس فيه حق توفية فهو عندهم من ضمان المشترى بنفس العقد وهذا من باب تخصيص العموم بالقياس المظنون العلة وقد يدخل فى هذا الباب اجماع العلماء على منع بيع الرجل شيئا لا يملكه وهو المسمى عينة عند من يرى نقله من باب الذريعة الى الربا وأما من رأى منعه من جهة انه قد لا يمكنه نقله فهو داخل فى بيوع الغرر وصورة التذرع منه الى الربا المنهى عنه أنه يقول رجل لرجل أعطنى عشرة دنانير على أن أدفع لك الى مدة كذا ضعفها فيقول له هذا لا يصلح ولكن أبيع منك سلعة كذا السلعة يسميها ليست عنده بهذا العدد ثم يعمد هو فيشترى تلك السلعة فيقبضها له بعد ان كمل البيع بينهما وتلك السلعة قيمتها قريبا مما كان سأله أن يعطيه من الدراهم قرضا فيرد عليه ضعفها وفي المذهب في هذا تفصيل ليس هذا موضع ذكره ولا خلاف في هذه الصورة التى ذكرنا انها غير جائزة في المذهب أعنى اذا تقارا على الثمن الذى يأخذ به السلعة قبل شرائها وأما الدين بالدين فاجمع المسلمون على منعه واختلفوا فى مسائل هل هي منه أم ليست منه مثل ماكان ابن القاسم لا يجيز أن يأخذ الرجل من غريمه في دين له عليه تمرا قد

بد اصلاحه ولا سكنى دار ولا جارية تتواضع ويراه من باب الدين بالدين وكان أشهب يجيز ذلك ويقول ليس هذا من باب الدين بالدين وانما الدين بالدين مالم يشرع في أخذ شيء منه وهو القياس عند كثير من المالكيين وهو قول الشافعي وأبي حنيفة ومما أجازه مالك من هذا الباب وخالفه فيه جمهور العلماء ماقاله في المدونة من ان الناس كانوا يبيعون اللحم بسعر معلوم والثمن الى العطاء فيأخذ المبتاع كل يوم وزنا معلوما قال ولم ير الناس بذلك بأساً وكذلك كل مايبتاع في الاسواق وروى ابن القاسم ان ذلك لايجوز الا فيما خشى عليه الفساد من الفواكه اذا أخذ جميعه وأما القمح وشبهه فلا فهذه هي أصول هـذا الباب كله انما حرم في الشرع لمكان الغبن الذي يكون طوعا وعن علم .

﴿ الباب الثالث ﴾

وهي البيوع المنهي عنها من قبل الغبن الذي سببه الغرر والغرر يوجد في المبيعات من جهة الجهل على أوجه اما من جهة الجهل بتعيين المعقود عليه أو تعيين العقد أو من جهة الجهل بوصف الثمن والمثمون المبيع أو بقدره أو باجله ان كان هنالك أجل وإما من جهة الجهل بوجوده أو تعذر القدرة عليه وهذا راجع الى تعذر التسليم وإما من جهة الجهل بسلامته أعني بقاءه وههنا بيوع تجمع أكثر هذه أو بعضها ومن البيوع التي توجد فيها هذه الضروب من الغرر بيوع منطوق بها وبيوع مسكوت عنها والمنطوق به أكثره متفق عليه وانما يختلف في شرح أسمائها والمسكوت عنه مختلف فيه ونحن نذكر أولا المنطوق به في الشرع وما يتعلق به من الفقه ثم نذكر بعد ذلك من المسكوت عنه ما شهر الخلاف فيه بين فقهاء الامصار ليكون كالقانون في نفس الفقه أعني في رد الفروع الى الاصول . فاما المنطوق به في الشرع . فمنه نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبلة . ومنها نهيه عن بيع ما لم يخلق ومن بيع الثمار حتى تزهي وعن بيع الملامسة والمنابذة وعن بيع الحصاة . ومنها نهيه عن المعاومة وعن بيعتين في بيعة وعن بيع وشرط وعن بيع وسلف وعن بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود ونهيه عن المضامين والملاقيح . أما بيع الملامسة فكانت صورته في الجاهلية أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره أو يبتاعه ليلا ولا يعلم مافيه وهذا مجمع على تحريمه * وسبب تحريمه الجهل بالصفة. وأما بيع المنابذة فكان أن ينبذ كل واحد من المتبايعين الى صاحبه الثوب من غير ان يعين ان هـذا بهذا بل كانوا يجعلون ذلك راجعا الى الاتفاق . وأما بيع الحصاة فكانت صورته عندهم ان يقول المشتري أي ثوب وقعت عليه الحصاة التي أرمى بها

فهولى وقيل أيضا انهم كانوا يقولون اذا وقعت الحصاة من يدى فقد وجب البيع وهذا قمار . وأما بيع حبل الحبلة ففيه تأويلان . أحدهما انها كانت بيوعا يؤجلونها الى ان تنتج الناقة مافي بطنها ثم ينتج مافي بطنها والغرر من جهة الاجل في هذا بين وقيل انما هو بيع جنين جنين الناقة وهذا من باب النهى عن بيع المضامين والملاقيح والمضامين هي مافي بطون الحوامل والملاقيح مافي ظهور الفحول فهذه كلها بيوع جهلية متفق على تحريمها وهي محرمة من تلك الاوجه التى ذكرناها وأما بيع الثمار فانه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها وحتى تزهي ويتعلق بذلك مسائل مشهورة نذكر نحن منها عيونها وذلك أن بيع الثمار لايخلو أن تكون قبل أن تخلق أو بعد أن تخلق ثم اذا خلقت لا يخلو أن تكون بعد الصرام أو قبله ثم اذا كان قبل الصرام فلا يخلو أن يكون قبل ان تزهى أو بعد ان تزهى وكل واحد من هذين لايخلو أن يكون بيعا مطلقا أو بشرط التبقية أو بشرط القطع. أما القسم الاول وهو بيع الثمار قبل أن تخلق فجميع العلماء مطبقون على منع ذلك لانه من باب النهى عن بيع ما لم يخلق ومن باب بيع السنين والمعاومة وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيع السنين وعن بيع المعاومة وهي بيع الشجر اعواما الا ما روى عن عمر بن الخطاب وابن الزبير أنهما كانا يجيزان بيع الثمار سنين . وأما بيعها بعد الصرام فلا خلاف في جوازه وأما بيعها بعد أن خلقت فأكثر العلماء على جواز ذلك على التفصيل الذى نذكره الا ما روى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن وعن عكرمة انه لا يجوز الا بعد الصرام فاذا قلنا بقول الجمهور انه يجوز قبل الصرام فلا يخلو أن تكون بعد أن تزهى أو قبل أن تزهى وقد قلنا ان ذلك لا يخلو أن يكون بيعا مطلقا أو بيعا بشرط القطع أو بشرط التبقية فاما بيعها قبل الزهو بشرط القطع فلا خلاف في جوازه الا ما روى عن الثورى وابن أبى ليلى من منع ذلك وهى رواية ضعيفة . وأما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية فلا خلاف في أنه لا يجوز الا ما ذكره اللخمى من جوازه تخريجا على المذهب . وأما بيعها قبل الزهو مطلقا فاختلف في ذلك فقهاء الامصار فجمهورهم على أنه لا يجوز مالك والشافعى وأحمد واسحق والليث والثورى وغيرهم وقال أبو حنيفة يجوز ذلك الا انه يلزم المشترى عنده فيه القطع لا من جهة ماهو بيع مالم يزه بل من جهة أن ذلك شرط عنده في بيع الثمر على ماسيأتى بعد أما دليل الجمهور على منع بيعها مطلقا قبل الزهو فالحديث الثابت عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمشترى فعلم ان مابعد الغاية بخلاف

ماقبل الغاية وان هذا النهى يتناول البيع المطلق بشرط التبقية والظاهر للجمهور أن المعنى في هذا خوف مايصيب الثمار من الجائحة غالبا قبل أن تزهى لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أنس بن مالك بعد نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو : أرأيت ان منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه لم يحمل العلماء النهى في هذا على الاطلاق أعنى النهى عن البيع قبل الازهاء بل رأت أن معنى النهى هو بيعه بشرط التبقية الى الازهاء فأجازوا بيعها قبل الازهاء بشرط القطع . واختلفوا اذا ورد البيع مطلقا في هذه الحال هل يحمل على القطع وهو الجائز أو على التبقية الممنوعة فمن حمل الاطلاق على التبقية أو رأى أن النهى يتناوله بعمومه قال لايجوز ومن حمله على القطع قال يجوز والمشهور عن مالك ان الاطلاق محمول على التبقية وقد قيل عنه انه محمول على القطع . وأما الكوفيون فحجتهم في بيع الثمار مطلقا قبل أن تزهى حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع الا أن يشترطها المبتاع قالوا فلما جاز أن يشترطه المبتاع جاز بيعه مفردا وحملوا الحديث الوارد بالنهى عن بيع الثمار قبل أن تزهى على الندب واحتجوا لذلك بما روى عن زيد بن ثابت قال كان الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار قبل أن يبد وصلاحها فاذا جذ الناس وحضر تقاضيهم قال المبتاع أصاب الثمر الزمان أصابه من أصابه قشام ومراض لعاهات يذكرونها فلما كثرت خصومتهم عند النبى قال كالمشهورة يشير بها عليهم لاتبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحها وربما قالوا ان المعنى الذى دل عليه الحديث في قوله حتى يبدو صلاحها هو ظهر الثمرة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام أرأيت أن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحد كم مال أخيه وقد كان يجب على من قال من الكوفيين بهذا القول ولم يكن يرى رأى أبى حنيفة في ان من ضرورة بيع الثمار القطع أن يجيز بيع الثمر قبل بدو صلاحها على شرط التبقيه فالجمهور يحملون جواز بيع الثمار بالشرط قبل الازهاء على الخصوص أعنى اذا بيع الثمر مع الاصل وأما شراء الثمر مطلقا بعد الزهو فلا خلاف فيه والاطلاق فيه عند جمهور فقهاء الامصار يقتضى التبقية بدليل قوله عليه الصلاة والسلام أرأيت أن مع الله الثمرة الحديث ووجه الدليل منه ان الجوائح انما تطرأ فى الا كثر على الثمار قبل بدو الصلاح وأما بعد بدو الصلاح فلا تظهر الا قليلا ولولم يجب في المبيع بشرط التبقية لم يكن هنالك جائحة تتوقع وكان هذا الشرط باطلا وأما الحنفية فلا يجوز عندهم بيع التمر بشرط التبقية والاطلاق عندهم كما قلنا محمول على القطع وهو خلاف مفهوم الحديث وحجتهم أن نفس بيع الشيء يقتضى تسليمه والالحقه الغرر ولذلك لم يجز أن تباع الاعيان الى أجل والجمهور على أن بيع الثمار مستثنى من بيع الاعيان الى أجل

لكون الثمر ليس يمكن أن ييبس كله دفعة فالكوفيون خالفوا الجمهور في بيع الثمار في موضعين ، أحدهما في جواز بيعها قبل أن تزهى . والثاني في منع تبقيتها بالشرط بعد الازهاء أو بمطلق العقد وخلافهم في الموضع الاول أقوى من خلافهم في الموضع الثاني أعني في شرط القطع وان ازهى وانما كان خلافهم في الموضع الاول اقرب لانه من باب الجمع بين حديثي ابن عمر المتقدمين ولان ذلك أيضا مروى عن عمر الخطاب بن وابن الزبير وأما بدو الصلاح الذى جوز رسول الله صلى عليه وسلم البيع بعده فهو ان يصفر فيه البسر ويسود فيه العنب ان كان مما يسود وبالجملة ان تظهر في الثمر صفة الطيب هذا هو قول جماعة فقهاء الامصار لما رواه مالك عن حميد عن أنس انه صلى الله عليه وسلم سئل عن قوله حتى يزهى فقال : حتى يحمر وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه نهى عن بيع العنب حتى يسود والحب حتى يشتد وكان زيد بن ثابت في رواية مالك عنه لايبيع ثماره حتى تطلع الثريا وذلك لاثنتى عشرة ليلة خلت من ايار وهو مايو وهو قول ابن عمر ايضا سئل عن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهات فقال عبد الله بن عمر ذلك وقت طلوع الثريا وروى عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال اذا طلع النجم صباحا رفعت العاهات عن اهل البلد وروى ابن القاسم عن مالك انه لابأس ان يباع الحائط وان لم يزه اذا أزهى ماحوله من الحيطان اذا كان الزمان قد أمنت فيه العاهة يريد والله اعلم طلوع الثريا لان المشهور عنه انه لايباع حائط حتى يبدو فيه الزهو وقد قيل انه لايعتبر مع الازهاء طلوع الثريا فالمحصل في بدو الصلاح للعلماء ثلاثة أقوال ، قول انه الازهاء وهو المشهور ، وقول انه طلوع الثريا وان لم يكن في الحائط في حين البيع ازهاء ، وقول الامران جميعاً وعلى المشهور من اعتبار الازهاء يقول مالك اذا كان في الحائط الواحد بعينه أجناس من الثمر مختلفة الطيب لم يبع كل صنف منها الا بظهور الطيب فيه وخالفه في ذلك الليث وأما الانواع المتقاربة الطيب فيجوز عندة بيع بعضها بطيب البعض وبدو الصلاح المعتبر عن مالك في الصنف الواحد من الثمر هو وجود الازهاء في بعضه لافي كله اذا لم يكن ذلك الازهاء مبكرا في بعضه تبكيرا يتراخى عنه البعض بل اذا كان متتابعا لان الوقت الذى تنجو الثمرة فيه في الغالب من العاهات هو اذا بدا الطيب في الثمرة ابتداء متناسبا غير منقطع وعند مالك انه اذا بدا الطيب في نخلة بستان جاز بيعه وبيع البساتين المجاورة له اذا كان نخل البساتين من جنس واحد . وقال الشافعى لايجوز الابيع نخل البستان الذى يظهر فيه الطيب فقط ومالك اعتبر الوقت الذى تؤمن فيه العاهة اذا كان الوقت واحدا للنوع الواحد والشافعى اعتبر نقصان خلقة الثمر وذلك انه اذا لم يطب كان من بيع مالم يخلق وذلك ان

صفة الطيب فيه وهي مشتراة لم تخلق بعد لكن هذا كما قال لايشترط في كل ثمرة بل في بعض ثمرة جنة واحدة وهذا لم يقل به أحد فهذا هو مشهور ما اختلفوا فيه من بيع الثمار ومن المسموع الذى اختلفوا فيه من هذا الباب ماجاء عنه عليه الصلاة والسلام من النهى عن بيع السنبل حتى يبيض والعنب حتى يسود وذلك أن العلماء اتفقوا على أنه لايجوز بيع الحنطة في سنبلها دون السنبل لانه بيع مالم تعلم صفته ولاكثرته واختلفوا في بيع السنبل نفسه مع الحب فجوز ذلك جمهور العلماء مالك وأبو حنيفة وأهل المدينة وأهل الكوفة وقال الشافعى لايجوز بيع السنبل نفسه وان اشتد لانه من باب الغرر وقياسا على بيعه مخلوطا بتبنه بعد الدرس وحجة الجمهور شيئان الاثر والقياس أما الاثر فما روى عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخيل حتى يزهي وعن السنبل حتى تبيض وتأمن العاهة نهى البائع والمشترى وهى زيادة على مارواه مالك من هذا الحديث والزيادة اذا كانت من الثقة مقبولة وروى عن الشافعى انه لما وصلته هذه الزيادة رجع عن قوله وذلك أنه لا يصح عنده قياس مع وجود الحديث. وأما بيع السنبل اذا أفرك ولم يشتد فلا يجوز عند مالك الا على القطع. وأما بيع السنبل غير محصود فقيل عن مالك يجوز وقيل لا يجوز الا اذا كان في حزمه واما بيعه في تبنه بعد الدرس فلا يجوز بلا خلاف فيما أحسب هذا اذا كان جزافا فاما ان كان مكيلا فجائز عند مالك ولا أعرف فيه قولا لغيره واختلف الذين أجازوا بيع السنبل اذا طاب على من يكون حصاده ودرسه فقال الكوفيون على البائع حتى يعمله حبا للمشترى وقال غيرهم هو على المشترى. ومن هذا الباب ما ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين فى بيعة وذلك من حديث ابن عمر وحديث ابن مسعود وأبى هريرة قال أبو عمر وكلها من نقل العدول فانفق الفقها على القول بموجب هذا الحديث عموما واختلفوا في التفصيل أعنى في الصورة التى ينطلق عليها هذا الاسم من التى لا ينطلق عليها واتفقوا أيضاً على بعضها وذلك يتصور على وجوه ثلاثة، أحدها اما في مثمونين بثمنين أو مثمون واحد بثمنين أو مثمونين بثمن واحد على أن أحد البيعين قد لزم. اما في مثمونين بثمنين فان ذلك يتصور على وجهين. أحدهما أن يقول له أبيعك هذه السلعة بثمن كذا على أن تبيعنى هـذه الدار بثمن كذا، والثانى ان يقول له أبيعك هذا الغلام بدينار أو هـذه الاخرى بدينارين. وأما بيع مثمون واحـد بثمنين فان ذلك يتصور أيضا على وجهين، أحدهما ان يكون أحد الثمنين نقداً والآخر نسيئة مثل ان يقول له أبيعك هذا الثوب نقدا بعشرة أو الى أجل بعشرين، والوجه الثانى ان يقول له أبيعك هذا الثوب نقدا بثمن كذا على ان أشتريه منك الى أجل كذا بثمن كذا. واما مثمونان

بثمن واحد فنل ان يقول له أبيعك أحد هذين بثمن كذا فأما الوجه الاول وهو ان يقول له أبيعك هذه الدار بكذا على ان تبيعني هـذا الغلام بكذا فنص الشافعي على انه لايجوز لان الثمن في كليهما يكون مجهولا لانه لو أفرد المبيعين لم يتفقا في كل واحد منهما على الثمن الذى اتفقا عليه في المبيعين في عقد واحد وأصل الشافعي في رد بيعتين في بيعة انما هو جهل الثمن أو المثمون . وأما الوجه الثانى وهو ان يقول أبيعك هذه السلعة بدينار أو هذه الاخرى بدينارين على أن البيع قد لزم في أحدهما فلا يجوز عند الجميع وسواء كان النقد واحدا أو مختلفا وخالف عبد العزيز بن أبى سلمة في ذلك فاجازه اذا كان النقد واحدا أو مختلفا وعلة منعه عند الجميع الجهل وعند مالك من باب سد الذرائع لانه ممكن أن يختار في نفسه أحد الثوبين فيكون قد باع ثوبا ودينارا بثوب ودينار وذلك لا يجوز على أصل مالك . وأما الوجه الثالث وهو ان يقول له أبيعك هذا الثوب نقداً بكذا أو نسيئة بكذا فهذا اذا كان البيع فيه واجبا فلا خلاف في أنه لا يجوز وأما اذا لم يكن البيع لازما فى احدهما فاجازه مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعى لانهما افترقا على ثمن غير معلوم وجعله مالك من باب الخيار لانه اذا كان عنده على الخيار لم يتصور فيه ندم يوجب تحويل أحد الثمنين في الاخر وهذا عند مالك هو المانع فعلة امتناع هذا الوجه الثالث عند الشافعى وأبى حنيفة من جهة جهل الثمن فهو عندهما من بيوع الغرر التى نهى عنها وعلة امتناعه عند مالك سد الذريعة الموجبة للربا لامكان ان يكون الذى له الخيار قد اختار أولا انفاذ العقد باحد الثمنين المؤجل أو المعجل ثم بدا له ولم يظهر ذلك فيكون قد ترك أحد الثمنين للثمن الثانى فكأنه باع أحد الثمنين بالثانى فيدخله ثمن بثمن نسيئة او نسيئة ومتفاضلا وهذا كله اذا كان الثمن نقدا وان كان الثمن غير نقد بل طعاما دخله وجه آخر وهو بيع الطعام متفاضلا وأما اذا قال اشترى منك هذا الثوب نقدا بكذا على ان تبيعه منى الى اجل فهو عندهم لا يجوز باجماع لانه من باب العينة وهو بيع الرجل ما ليس عنده ويدخله ايضا علة جهل الثمن واما اذا قال له ابيعك احد هذين الثوبين بدينار وقد لزمه احدهما ايهما اختار وافترقا قبل الخيار فان كان الثوبان من صنفين وهما مما يجوز أن يسلم أحدهما فى الثانى فانه لا خلاف بين مالك والشافعى في انه لايجوز وقال عبد العزيز بن أبى سلمة انه يجوز وعلة المنع الجهل والغرر . واما ان كانا من صنف واحد فيجوز عند مالك ولا يجوز عند أبى حنيفة والشافعى . وأما مالك فانه اجازه لانه يجيز الخيار بعد عقد المبيع في الاصناف المستوية لقلة الغرر عنده في ذلك واما من لايجيزه فيعتبره بالغرر الذى لايجوز

لانهما افترقا على بيع غير معلوم وبالجملة فالفقهاء متفقون على ان الغرر الكثير في المبيعات لا يجوزوان القليل يجوز ويختلفون فى أشياء من أنواع الغرر فبعضهم يلحقها بالغرر الكثير وبعضهم يلحقها بالغرر القليل المباح لترددها بين القليل والكثير فاذا قلنا بالجواز على مذهب مالك فقبض الثوب من المشترى على ان يختار فهلك احدهما أواصابه عيب ممن يصيبه ذلك فقيل تكون المصيبة بينهما وقيل بل يضمنه كله المشترى الا ان تقوم البينة على هلاكه وقيل فرق فى ذلك بين الثياب ومايغاب عليه وبين مالايغاب عليه كالعبد يضمن فيما لايغاب عليه ولايضمن فيما لايغاب عليه . وأما هل يلزمه أخذ الباقى قيل يلزم وقيل لايلزم وهذا يذكر في أحكام البيوع وينبغى أن تعلم ان المسائل الداخلة في هذا المعنى هى أما عند فقهاء الامصار فمن باب الغرر . وأما عند مالك فمنها مايكون عنده من باب ذرائع الربا ومنها مايكون من باب الغرر فهذه هي المسائل التى تتعلق بالمنطوق به في هذا الباب . وأما نهيه عن بيع الثنيا وعن بيع وشرط فهو وان كان سببه الغرر فالاشبه ان نذكرها فى المبيعات الفاسدة من قبل الشروط .

(فصل)

وأما المسائل المسكوت عنها في هذا الباب المختلف فيها بين فقهاء الامصار فكثيرة لكن نذكر منها أشهرها لتكون كالقانون للمجتهد النظار .

(مسئلة) المبيعات على نوعين مبيع حاضر مرئى فهذا الاخلاف فى بيعه ومبيع غائب أو متعذر الرؤية فهنا اختلف العلماء فقال قوم بيع الغائب لايجوز بحال من الاحوال لاوصف ولا لم يوصف وهذا أشهر قول الشافعى وهو المنصور عند أصحابه أعنى ان بيع الغائب على الصفة لايجوز وقال مالك وأكثر أهل المدينة يجوز بيع الغائب على الصفة اذا كانت غيبته مما يؤمن أن تتغير فيه قبل القبض صفته وقال أبو حنيفة يجوز بيع العين الغائبة من غير صفة ثم له اذ رآها الخيار فان شاء انفذ البيع وان شاء رده وكذلك المبيع على الصفة من شرطه عندهم خيار الرؤية وان جاء على الصفة وعند مالك انه اذا جاء على الصفة فهو لازم وعند الشافعى لاينعقد البيع أصلا في الموضعين وقد قيل فى المذهب يجوز بيع الغائب من غير صفة على شرط الخيار خيار الرؤية وقع ذلك فى المدونة وأنكره عبد الوهاب وقال هو مخالف لاصوله * وسبب الخلاف هل نقصان العلم المتعلق بالصفة عن العلم المتعلق بالحس هو جهل مؤثر فى بيع الشىء فيكون من الغرر الكثير أم ليس بمؤثر وانه من الغرر اليسير المعفو عنه فالشافعى رآه من الغرر الكثير ومالك رآه من الغرر اليسير وأما أبو حنيفة فانه

رأى انه اذا كان له خيار الرؤية انه لاغرر هناك وان لم تكن له رؤية . وأما مالك فرأى ان الجهل المقترن بعدم الصفة مؤثر في انعقاد البيع ولا خلاف عند مالك ان الصفة انما تنوب عن المعاينة لمكان غيبة المبيع أو لمكان المشقة التي في نشره وما يخاف أن يلحقه من الفساد بتكرار النشر عليه ولهذا أجاز البيع على البرنامج على الصفة ولم يجز عنده بيع السلاح في جرابه ولا الثوب المطوى في طيه حتى ينشر أو ينظر الى مافي جرابها واحتج أبو حنيفة بما روى عن ابن المسيب أنه قال قال أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وددنا أن عثمان بن عفان وعبد الرحمن بن عوف تبايعا حتى نعلم أيهما أعظم جداً في التجارة فاشترى عبد الرحمن من عثمان بن عفان فرسا بارض له أخرى باربعين ألفا أو أربعة آلاف فذكر تمام الخبر وفيه بيع الغائب مطلقا ولابد عند أبى حنيفة من اشتراط الجنس ويدخل البيع على الصفة أو على خيار الرؤية من جهة ماهو غائب غرر وهو هل موجود وقت العقد أو معدوم ولذلك اشترطوا فيه أن يكون قريب الغيبة الا أن يكون مأمونا كالعقار ومن ههنا أجاز مالك بيع الشيء برؤية متقدمة أعنى اذا كان من القرب بحيث يؤمن ان تتغير فيه فاعلمه .

(مسئلة) وأجمعوا على أنه لايجوز بيع الاعيان الى أجل وان من شرطها تسليم المبيع الى المبتاع باثر عقد الصفقة الا ان مالكا وربيعة وطائفة من أهل المدينة أجازوبيع الجارية الرفيعة على شرط المواضعة ولم يجيزوا فيها النقد كما لم يجزه مالك في بيع الغائب وانما منع ذلك الجمهور لما يدخله من الدين بالدين ومن عدم التسليم ويشبه أن يكون بيع الدين بالدين من هذا الباب أعنى لما يتعلق بالغرر من عدم التسليم من الطرفين لامن باب الربا وقد تكلمنا في علة الدين بالدين ومن هذا الباب ماكان يرى ابن القاسم انه لايجوز أن يأخذ الرجل من غريمه في دين له عليه تمرا قد بد اصلاحه ويراه من باب الدين بالدين وكان أشهب يجيز ذلك ويقول انما الدين بالدين مالم يشرع في قبض شيء منه أعنى انه كان يرى أن قبض الاوائل من الاثمان يقوم مقام قبض الاواخر وهو القياس عند كثير من المالكيين وهو قول الشافعي وأبى حنيفة .

(مسئلة) أجمع فقهاء الامصار على بيع الثمر الذى يثمر بطنا واحداً يطيب بعضه وان لم تطب معا جملته واختلفوا فيما يثمر بطونا مختلفة وتحصيل مذهب مالك في ذلك أن البطون المختلفة لاتخلو أن تتصل أولا تتصل فان لم تتصل لم يكن بيع مالم يخلق منها داخلا فيما خلق كشجر التين يوجد فيه الباكور والعصير ثم ان اتصلت فلايخلو أن تتميز البطون اولا تتميز فمثال المتميز جزاء القصيل الذى يجز مدة بعد مدة ومثال غير المتميز المباطخ والمقاثي والباذنجان والقرع ففى الذى يتميز عنه وينفصل روايتان احداهما الجواز والاخرى المنع وفي الذى

يتصل ولا يتميز قول لواحد وهو الجواز وخالفه الكوفيون وأحمد واسحاق والشافعى فى هذ كله فقالوا لايجوز بيع بطن منها بشرط بطن آخر وحجة مالك فيما لا يتميز أنه لايمكن حبس أوله على آخره فجاز أن يباع مالم يخلق منها مع ماخلق وبدا صلاحه أصله جواز بيع مالم يطب من الثمر مع ماطاب لان الغرر في الصفة شبهه بالغرر في عين الشيء وكانه رأى أن الرخصة ههنا يجب ان تقاس على الرخصة فى بيع الثمار أعنى ماطاب مع مالم يطب لموضع الضرورة والاصل عنده أن من الغرر مايجوز لموضع الضرورة ولذلك منع على احدى الروايتين عنده بيع القصيل بطنا أكثر من واحد لانه لا ضرورة هناك اذا كان متميزاً . وأما وجه الجواز في القصيل فتشبيهاً له بما لايتميز وهو ضعيف . وأما الجمهور فان هذا كله عندهم من بيع مالم يخلق ومن باب النهى عن بيع الثمار معاومة واللفت والجزر والكرنب جائز عند مالك بيعه اذا بدا صلاحه وهو استحقاقه للاكل ولم يجزه الشافعى الا مقلوعا لانه من باب بيع المغيب . ومن هذا الباب بيع الجوز واللوز والباقلا في قشره أجازه مالك ومنعه الشافعى * والسبب في اختلافهم هل هو من الغرر المؤثر في البيوع أم ليس من المؤثر وذلك انهم اتفقوا أن الغرر ينقسم بهذين القسمين وان غير المؤثر هو اليسير أو الذى تدعو اليه الضرورة أو ماجمع الامرين ومن هذا الباب بيع السمك في الغدير أو البركة اختلفوا فيه أيضاً فقال أبو حنيفة يجوز ومنعه مالك والشافعى فيما أحسب وهو الذى تقتضى أصوله ومن ذلك بيع الآبق أجازه قوم باطلاق ومنعه قوم باطلاق ومنهم الشافعى وقال مالك اذا كان معلوم الصفة معلوم الموضع عند البائع والمشترى جاز وأظنه اشترط أن يكون معلوم الاباق ويتواضعان الثمن أعنى انه لايقبضه البائع حتى يقبضه المشترى لانه يتردد عند العقد بين بيع وسلف وهذا أصل من أصوله يمنع به النقد في بيع المواضعة وفي بيع الغائب غير المأمون وفيما كان من هذا الجنس وممن قال بجواز بيع الآبق والبعير الشارد عثمان البتى والحجة للشافعى حديث شهر بن حوشب عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن شراء العبد الآبق وعن شراء مافي بطون الانعام حتى تضع وعن شراء مافي ضروعها وعن شراء الغنائم حتى تقسم وأجاز مالك بيع لبن الغنم أياما معدودة اذا كان ما يحلب منها معروفا في العادة ولم يجز ذلك في الشاة الواحدة وقال سائر الفقهاء لا يجوز ذلك الا بكيل معلوم بعد الحلب ومن الباب هذا منع مالك بيع اللحم في جلده ومن هذا الباب بيع المريض أجازه مالك الا أن يكون ميئوسا منه ومنعه الشافعى وأبو حنيفة وهي رواية أخرى عنه ومن هذا الباب بيع تراب المعدن والصوّاغين فاجاز مالك بيع تراب المعدن بنقد يخالفه أو بعرض ولم يجز بيع تراب الصاغة

ومنع الشافعي البيع في الامرين جميعا وأجازه قوم في الامرين جميعا وبه قال الحسن البصري فهذه هي البيوع التي يختلف فيها أكثر ذلك من قبل الجهل بالكيفة وأما اعتبار الكمية فانهم اتفقوا على أنه لا يجوز أن يباع شيء من المكيل أو الموزون أو المعدود أو الممسوح الا ان يكون معلوم القدر عند البائع والمشترى واتفقوا على ان العلم الذي يكون بهذه الاشياء من قبل الكيل المعلوم أو الصنوج المعلومة مؤثر في صحة البيع في كل ما كان معلوم الكيل والوزن عند البائع والمشترى من جميع الاشياء المكيلة والموزونة والمعدودة والممسوحة وان العلم بمقادير هذه الاشياء التي تكون من قبل الحزر والتخمين وهو الذي يسمونه الجزاف يجوز في أشياء ويمنع في أشياء وأصل مذهب مالك في ذلك انه يجوز في كل ما المقصود منه الكثرة لا آحاده وهو عنده على أصناف منها ما أصله الكيل ويجوز جزافا وهي المكيلات والموزونات ومنها ما أصله الجزاف ويكون مكيلا وهي الممسوحات كالارضين والثياب ومنها مالا يجوز فيها التقدير أصلا بالكيل والوزن بل انما يجوز فيها العدد فقط ولا يجوز بيعها جزافا وهي كما قلنا التي المقصود منها آحاد اعيانها وعند مالك ان التبر أو الفضة الغير مسكوكين يجوز بيعهما جزافا ولا يجوز ذلك في الدراهم والدنانير وقال أبو حنيفة والشافعي يجوز ويكره ويجوز عند مالك أن تباع الصبرة المجهولة على الكيل أي كل كيل منها بكذا فما كان فيها من الاكيال وقع من تلك القيمة بعد كيلها والعلم بمبلغها وقال أبو حنيفة لايلزم الا في كيل واحد وهو الذي سمياه ويجوز هذ البيع عند مالك في العبيد والثياب وفي الطعام ومنعه أبو حنيفة في الثياب والعبيد ومنع ذلك غيره في الكل فيما أحسب للجهل بمبلغ الثمن . ويجوز عند مالك أن يصدق المشترى البائع في كيلها اذا لم يكن البيع نسيئة لانه يتهمه أن يكون صدقه لينظره بالثمن وعند غيره لايجوز ذلك حتى يكتالها المشترى لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان . وأجازه قوم على الاطلاق وممن منعه أبو حنيفة والشافعي وأحمد وممن اجازه باطلاق عطاء بن أبي رباح وابن أبي مليكة ولايجوز عند مالك ان يعلم البائع الكيل ويبيع المكيل جزافا ممن يجهل الكيل ولا يجوز عند الشافعي وأبي حنيفة والمزابنة المنهى عنها هي عند مالك من هذا الباب وهي بيع مجهول الكمية بمجهول الكمية وذلك أما في الربويات فلموضع التفاضل وأما في غير الربويات فلعدم تحقق القدر .

(الباب الرابع في بيوع الشروط والثنيا)

وهذه البيوع الفساد الذى يكون فيها هو راجع الى الفساد الذى يكون من قبل الغرر ولكن لما تضمنها النص وجب ان تجعل قسما من أقسام البيوع الفاسدة على حدة والاصل فى اختلاف الناس فى هذا الباب ثلاثة أحاديث . أحدها حديث جابر قال ابتاع منى رسول الله صلى الله عليه وسلم بعيرا أو شرط ظهره الى المدينة وهذا الحديث في الصحيح ، والحديث الثانى حديث بريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط والحديث متفق على صحته . والثالث حديث جابر قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمزابنة والمخابرة والمعاومة والثنيا ورخص في العرايا وهو أيضا في الصحيح خرجه مسلم ومن هذا الباب ما روى عن أبى حنيفة أنه روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع وشرط فاختلف العلماء لتعارض هذه الاحاديث في بيع وشرط فقال قوم البيع فاسد والشرط فاسد وممن قال بهذا القول الشافعى وأبو حنيفة وقال قوم البيع جائز والشرط جائز وممن قال بهذا القول ابن أبى شبرمة وقال قوم البيع جائز والشرط باطل وممن قال بهذا القول ابن أبى ليلى وقال أحمد البيع جائز مع شرط واحد وأما مع شرطين فلا فمن أبطل البيع والشرط أخذ بعموم نهيه عن بيع وشرط ولعموم نهيه عن الثنيا ومن أجازهما جميعا أخذ بحديث جابر الذى ذكر فيه البيع والشرط ومن أجاز البيع وأبطل الشرط أخذ بعموم حديث بريرة ومن لم يجز الشرطين وأجاز الواحد احتج بحديث عمرو بن العاص خرجه أبو داود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يحل سلف وبيع ولا يجوز شرطان في بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس هو عندك . وأما مالك فالشروط عنده تنقسم ثلاثة أقسام . شروط تبطل هي والبيع معا ، وشروط تجوز هى والبيع معا ، وشروط تبطل ويثبت البيع وقد يظن ان عنده قسما رابعا وهو أن من الشروط ما أن تمسك المشترط بشرطه بطل البيع وان تركه جاز البيع واعطاء فروق بينة في مذهبه بين هذه الاصناف الاربعة عسير وقد رام ذلك كثير من الفقهاء وانما هى راجعة الى كثرة ما يتضمن الشروط من صنفى الفساد الذى يخل بصحة البيوع وهما الربا والغرر والى قلته والى التوسط بين ذلك أى ما يفيد نقصا في الملك فما كان دخول هذه الاشياء فيه كثيرا من قبل الشرط أبطله وأبطل الشرط وما كان قليلا أجازه وأجاز الشرط فيها وما كان متوسطا أبطل الشرط وأجاز البيع ويرى أصحابه ان مذهبه هو أولى المذاهب اذ بمذهبه تجتمع الاحاديث كلها والجمع عندهم أحسن من

الترجيح وللمتأخرين من أصحاب مالك في ذلك تفصيلات متقاربة وأحد من له ذلك جدي والمازري والباجي وتفصيله في ذلك ان قال ان الشرط في المبيع يقع على ضربين أولين، أحدهما أن يشترطه بعد انقضاء الملك مثل من يبيع الامة أو العبد ويشترط أنه متى عتق كان له ولاؤه دون المشترى فمثل هذا قالوا يصح فيه العقد ويبطل الشرط لحديث بريرة، والقسم الثاني ان يشترط عليه شرطا يقع في مدة الملك وهذا قالوا ينقسم الى ثلاثة أقسام. إما أن يشترط في المبيع منفعة لنفسه. وإما أن يشترط على المشترى منعا من تصرف عام او خاص. وإما أن يشترط ايقاع معنى في المبيع وهذا أيضا ينقسم الى قسمين، احدهما أن يكون معنى من معانى البر، والثانى أن يكون معنى ليس فيه من البر شيء. فاما اذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع التصرف في اصل المبيع مثل ان يبيع الدار ويشترط سكناها مدة يسيرة مثل الشهر وقيل السنة فذلك جائز على حديث جابر. واما ان يشترط منعا من تصرف خاص او عام فذلك لا يجوز لانه من الثنيا مثل ان يبيع الامة على ان لا يطأها أو لا يبيعها. وأما أن يشترط معنى من معانى البر مثل العتق فان كان اشتراط تعجيله جاز عنده وان تأخر لم يجز لعظم الغرر فيه وبقول مالك في إجازة البيع بشرط العتق المعجل قال الشافعى على ان من قوله منع بيع وشرط. وحديث جابر عنده مضطرب اللفظ لان في بعض رواياته أنه باعه واشترط ظهره الى المدينة وفي بعضها أنه أعاره ظهره الى المدينة ومالك رأى هذا من باب الغرر اليسير فاجازه في المدة القليلة ولم يجزه فى الكثيرة، وأما أبو حنيفة فعلى أصله في منع ذلك. وأما ان اشترط معنى في المبيع ليس ببر مثل أن لا يبيعها فذلك لا يجوز عند مالك وقيل عنه البيع مفسوخ وقيل بل يبطل الشرط فقط. وأما من قال له البائع متى جئتك بالثمن رددت على المبيع فانه لا يجوز عند مالك لانه يكون مترددا بين البيع والسلف ان جاء بالثمن كان سلفا وان لم يجئ كان بيعا واختلف في المذهب هل يجوز ذلك في الاقالة أم لا فمن رأى أن الاقالة بيع فسخها عنده ما يفسخ سائر البيوع ومن رأى انها فسخ فرق بينها وبين البيوع واختلف أيضا فيمن باع شيئا بشرط ان لا يبيعه حتى ينتصف من الثمن فقيل عن مالك يجوز ذلك لان حكمه حكم الرهن ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الرهن هو المبيع أو غيره وقيل عن ابن القاسم لا يجوز ذلك لانه شرط يمنع المبتاع التصرف في المبيع المدة البعيدة التى لا يجوز للبائع اشتراط المنفعة فيها فوجب ان يمنع صحة البيع ولذلك قال ابن المواز انه جائز في الامد القصير ومن المسموع في هذا الباب نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وسلف اتفق الفقهاء على أنه من البيوع الفاسدة واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض

فنعه ابو حنيفة والشافعي وسائر العلماء واجازه مالك واصحابه الا محمد بن عبد الحكم وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور وحجة الجمهور ان النهى يتضمن فساد المنهى عنه مع ان الثمن يكون في المبيع مجهولا لاقتران السلف به وقد روى ان محمد بن احمد بن سهل البرمكي سأل عن هذه المسألة اسماعيل بن اسحق المالكي فقال له ما الفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاما بمائة دينار وزق خمر فلما عقد البيع قال انا ادع الزق قال وهذا البيع مفسوخ عند العلماء باجماع فاجاب اسماعيل عن هذا بجواب لا تقوم به حجة وهو ان قال له الفرق بينهما ان مشترط السلف هو مخير في تركه أو عدم تركه وليس كذلك مسئلة زق الخمر وهذا الجواب هو نفس الشيء الذى طولب فيه بالفرق وذلك انه يقال له لم كان هنا مخيراً ولم يكن هنا لك مخيراً في ان يترك الزق ويصح البيع والاشبه ان يقال ان التحريم ههنا لم يكن لشيء محرم بعينه وهو السلف لان السلف مباح وانما وقع التحريم من أجل الاقتران أعنى اقتران البيع به وكذلك البيع في نفسه جائز وانما امتنع من قبل اقتران الشرط به وهنالك انما امتنع البيع من اجل اقتران شيء محرم لعينه به لا انه شيء محرم من قبل الشرط ونكتة المسئلة هل اذا الحق الفساد بالبيع من قبل الشرط يرتفع الفساد اذا ارتفع الشرط أم لا يرتفع كما لا يتفق الفساد اللاحق للبيع الحلال من أجل اقتران المحرم العين به وهذا أيضا ينبنى على أصل آخر هو هل هذا الفساد حكمي او معقول فان قلنا حكمي لم يرتفع بارتفاع الشرط وان قلنا معقول ارتفع بارتفاع الشرط فمالك رآه معقولا والجمهور رأوه غير معقول والفساد الذى يوجد في بيوع الربا والغرر هو أكثر ذلك حكمي ولذلك ليس ينعقد عندهم أصلا وان ترك الربا بعد البيع أو ارتفع الغرر واختلفوا في حكمه اذا وقع على ماسيأتى في أحكام البيوع الفاسدة ومن هذا الباب بيع العربان فجمهور علماء الامصار على انه غير جائز وحكى عن قوم من التابعين أنهم أجازوه منهم مجاهد وابن سيرين ونافع بن الحرث وزيد ابن أسلم وصورته ان يشترى الرجل شيئا فيدفع الى المبتاع من ثمن ذلك المبيع شيئا على انه ان نفذ البيع بينهما كان ذلك المدفوع من ثمن السلعة وان لم ينفذ ترك المشترى ذلك الجزء من الثمن عند البائع ولم يطالبه به وانما صار الجمهور الى منعه لانه من باب الغرر والمخاطرة وأكل المال بغير عوض وكان زيد يقول أجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أهل الحديث ذلك غير معروف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي الاستثناء مسائل مشهورة من هذا الباب اختلف الفقهاء فيها أعنى هل تدخل تحت النهى عن الثنيا أم ليس تدخل فمن ذلك ان يبيع الرجل حاملا ويستثنى مافي بطنها فجمهور فقهاء الامصار مالك وأبو حنيفة والشافعي والثورى على انه لا يجوز وقال أحمد وأبو ثور وداود ذلك جائز وهو مروى عن ابن عمر * وسبب الخلاف هل المستثنى مبيع مع ما استثنى منه أم ليس

بمبيع وانما هو باق على ملك البائع فمن قال مبيع قال لايجوز وهو من الثنيا المنهى عنها لما فيها من الجهل بصفته وقلة الثقة بسلامة خروجه ومن قال هو باق على ملك البائع أجاز ذلك . وتحصيل مذهب مالك فيمن باع حيوانا واستثنى بعضه ان ذلك البعض لا يخلو ان يكون شائعا أو معينا أو مقدرا فان كان شائعا فلا خلاف في جوازه مثل ان يبيع عبداً الاربعه؛ واما ان كان معينا فلا يخلو ان يكون مغيبا مثل الجنين أو يكون غير مغيب فان كان مغيبا فلا يجوز وان كان غير مغيب كالرأس واليد والرجل فلا يخلو الحيوان ان يكون مما يستباح ذبحه أولا يكون فان كان مما لا يستباح ذبحه فانه لايجوز لانه لايجوز ان يبيع أحد غلاما ويستثنى رجله لان حقه غير متميز ولا متبعض وذلك مما لاخلاف فيه وان كان الحيوان مما يستباح ذبحه فان باعه واستثنى منه عضواً له قيمة بشرط الذبح ففى المذهب فيه قولان ، أحدهما انه لايجوز وهو المشهور ، والثانى يجوز وهو قول ابن حبيب جواز بيع الشاة مع استثناء القوائم والرأس . وأما اذا لم يكن للمستثنى قيمة فلا خلاف فى جوازه فى المذهب ووجه قول مالك انه ان كان استثناؤه بجلده فما تحت الجلد مغيب وان كان لم يستثنه بجلده فانه لايدرى بأى صفة يخرج له بعد كشط الجلد عنه ووجه قول ابن حبيب انه استثنى عضواً معينا معلوما فلم يضره ماعليه من الجلد أصله شراء الحب في سنبله والجوز فى قشره واما ان كان المستثنى من الحيوان بشرط الذبح إما عرفا . واما ملفوظا به جزءاً مقدراً مثل أرطال من جزور فعن مالك في ذلك روايتان ، احداهما المنع وهى رواية ابن وهب ، والثانية الاجازة في الارطال اليسيرة فقط وهى رواية ابن القاسم وأجمعوا من هذا الباب على جواز بيع الرجل ثمر حائطه واستثناء نخلات معينات منه قياسا على جواز شرائها واتفقوا على انه لايجوز ان يستثنى من حائطه عدة نخلات غير معينات الا بتعيين المشترى لها بعد البيع لانه بيع مالم يره المتبايعان واختلفوا في الرجل يبيع الحائط ويستثنى منه عدة نخلات بعد البيع فمنعه الجمهور لمكان اختلاف صفة النخيل وروى عن مالك اجازته ومنع ابن القاسم قوله فى النخلات وأجازه في استثناء الغنم وكذا اختلف قول مالك وابن القاسم في شراء نخلات معدودة من حائطه على ان يعينها بعد الشراء المشترى فاجازه مالك ومنعه ابن القاسم وكذلك اختلفوا اذا استثنى البائع مكيلة من حائط قال أبو عمر بن عبد البر فمنع ذلك فقهاء الامصار الذين تدور الفتوى عليهم وألفت الكتب على مذاهبهم لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الثنيا فى البيع لانه استثناء مكيل من جزاف وأما مالك وسلفه من أهل المدينة فانهم أجازوا ذلك فيما دون الثلث ومنعوه فيما فوقه وحملوا النهى عن الثنيا على ما فوق الثلث وشبهوا بيع ماعدا المستثنى ببيع الصبرة التى لايعلم مبلغ كيلها فتباع جزافا ويستثنى منها كيل ما وهذا الاصل أيضا مختلف فيه أعنى اذا استثنى منها كيل معلوم واختلاف العلماء من هذا الباب في

بيع وأجارة معا في عقد واحد فأجازه مالك وأصحابه ولم يجزه الكوفيون ولا الشافعى لان الثمن يرون انه يكون حينئذ مجهولا ومالك يقول اذا كانت الاجارة معلومة لم يكن الثمن مجهولا وربما رآه الذين منعوه من باب بيعتين في بيعة وأجمعوا على انه لا يجوز السلف والبيع كما قلنا واختلف قول مالك في اجازة السلف والشركة فمرة أجاز ذلك ومرة منعه وهذه كلها اختلف العلماء فيها لاختلافها بالاقل والاكثر فى وجود علل المنع فيها المنصوص عليها فمن قويت عنده علة المنع في مسئلة منها منعها ومن لم تقو عنده اجازها وذلك راجع الى ذوق المجتهد لان هذه المواد يتجاذب القول فيها الى الضدين على السواء عند النظر فيها ولعل في امثال هذه المواد يكون القول بتصويب كل مجتهد صوابا ولهذا ذهب بعض العلماء في أمثال هذه المسائل الى التخيير .

الباب الخامس

﴿ فى البيوع المنهى عنها من أجل الضرر أو الغبن ﴾

والمسموع من هذا الباب ماثبت من نهيه صلى الله عليه وسلم عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه وعن أن يسوم أحد على سوم أخيه ونهيه عن تلقى الركبان ونهيه عن أن يبيع حاضر لباد ونهيه عن النجش وقد اختلف العلماء في تفصيل معانى هذه الآثار اختلافا ليس بمتباعد فقال مالك معنى قوله عليه الصلاة والسلام : لايبع بعضكم على بيع بعض ومعنى نهيه عن أن يسوم احد على سوم أخيه واحد وهي في الحالة التى اذا ركن البائع فيها الى السائم ولم يبق بينهما الا شىء يسير مثل اختيار الذهب أو اشتراط العيوب أوالبراءة منها وبمثل تفسير مالك فسر أبو حنيفة هذا الحديث وقال الثورى معنى لا يبع بعضكم على بيع بعض أن لا يطرأ رجل آخر على المتبايعين فيقول عندى خير من هذه السلعة ولم يحد وقت ركون ولا غيره وقال الشافعى معنى ذلك اذا تم البيع باللسان ولم يفترقا فاتى احد يعرض عليه سلعة له هي خير منها وهذا منه بناء على مذهبه في ان البيع انما يلزم بالافتراق فهو ومالك متفقان على أن النهى انما يتناول حالة قرب لزوم البيع ومختلفان في هذه الحالة ماهي لاختلافهما فيما به يكون اللزوم فى البيع على ماسنذكره بعد وفقهاء الامصار على أن هذا البيع يكره وان وقع مضى لانه سوم على بيع لم يتم وقال داود وأصحابه ان وقع فسخ في أى حالة وقع تمسكا بالعموم وروى عن مالك وعن بعض أصحابه فسخه مالم يفت وأنكر ابن الماجشون ذلك في البيع فقال وانما قال بذلك مالك في النكاح وقد تقدم ذلك واختلفوا في دخول الذمى في النهى عن سوم أحد على سوم غيره فقال الجمهور لافرق فى ذلك بين لذمى وغيره وقال الاوزاعى

لابأس بالسوم على سوم الذمى لانه ليس بأخى المسلم وقد قال صلى الله عليه وسلم : لايسم أحد على سوم أخيه ومن ههنامنع قوم بيع المزايدة وان كان الجمهور على جوازه ✡ وسبب الخلاف بينهم هل يحمل هذا النهى على الكراهة أوعلى الحظرثم اذا حمل على الحظر فهل يحمل على جميع الاحوال أو في حالة دون حالة

(فصل)

وأما نهيه عن تلقى الركبان للبيع فاختلفوا في مفهوم النهى ماهو فرأى مالك ان المقصود بذلك أهل الاسواق لئلا ينفرد المتلقى برخص السلعة دون أهل الاسواق ورأى أنه لايجوز أن يشترى احد سلعة حتى تدخل السوق هذا اذا كان التلقى قريبا فان كان بعيداً فلا بأس به وحد القرب في المذهب بنحو من ستة أميال ورأى انه اذا وقع جاز ولكن يشرك المشترى أهل الاسواق في تلك السلعة التى من شأنها أن يكون ذلك سوقها واما الشافعى فقال ان المقصود بالنهى انما هو لاجل البائع لئلا يغبنه المتلقى لان البائع يجهل سعر البلد وكان يقول اذا وقع فرب السلعة بالخيار ان شاء أنفذ البيع أو رده ومذهب الشافعى هو نص في حديث أبى هريرة الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال عليه الصلاة والسلام : لا تتلقوا الجلب فمن تلقى منه شيئاً فاشتراه فصاحبه بالخيار اذا أتى السوق خرجه مسلم وغيره .

﴿ فصل ﴾

وأما نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الحاضر للبادى فاختلف العلماء في معنى ذلك فقال قوم لايبيع أهل الحضر لاهل البادية قولا واحد واختلف عنه في شراء الحضرى للبدوى فمرة أجازه وبه قال ابن حبيب ومرة منعه واهل الحضر عندهم الامصار وقد قيل عنه انه لايجوز ان يبيع اهل القرى لاهل العمود المنتقلين وبمثل قول مالك قال الشافعى والاوزاعى وقال أبو حنيفة واصحابه لاباس ان يبيع الحاضر للبادى ويخبره بالسعر وكرهه مالك أعنى أن يخبر الحضرى البادى بالسعر واجازه الاوزاعى والذين منعوه اتفقوا على أن القصد بهذا النهى هو ارفاق أهل الحضر لان الاشياء عند أهل البادية أيسر من أهل الحاضرة وهى عندهم أرخص بل أكثر مايكون مجانا عندهم أى بغير ثمن فكانهم رأوا انه يكره ان ينصح الحضرى للبدوى وهذا مناقض لقوله عليه الصلاة والسلام : الدين النصيحة وبهذا تمسك في جوازه ابو حنيفة وحجة الجمهور حديث جابر خرجه مسلم وأبو داود قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

لا يبع حاضر لباد ذروا الناس يرزق الله بعضهم من بعض وهذه الزيادة انفرد بها أبو داود فيما أحسب والاشبه أن يكون من باب غبن البدوى لانه يردوالسعر مجهول عنده الا أن تثبت هذه الزيادة ويكون على هذا معنى الحديث معنى النهى عن تلقى الركبان على ما تأوله الشافعى وجاء في الحديث الثابت واختلفوا اذا وقع فقال الشافعى اذا وقع فقد تم وجاز البيع لقوله عليه الصلاة والسلام : دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض واختلف في هذا المعنى أصحاب مالك فقال بعضهم يفسخ وقال بعضهم لايفسخ .

(فصل)

واما نهيه عليه الصلاة والسلام عن النجش فاتفق العلماء على منع ذلك وان النجش هو أن يزيد أحد في سلعة وليس فى نفسه شراءها يريد بذلك أن ينفع البائع ويضر المشترى واختلفوا اذا وقع هذا البيع فقال أهل الظاهر هوفاسد، وقال مالك هو كالعيب والمشترى بالخيار ان شاء ان يرد ردوان شاء ان يمسك أمسك ، وقال أبو حنيفة والشافعى ان وقع اثم وجاز البيع ✡ وسبب الخلاف هل يتضمن النهى فساد المنهى وان كان النهى ليس في نفس الشيء بل من خارج فمن قال يتضمن فسخ البيع لم يجزه ومن قال ليس يتضمن أجازه والجمهور على أن النهى اذا ورد لمعنى في المنهى عنه انه يتضمن الفساد مثل النهى عن الربا والغرر واذا ورد الامر من خارج لم يتضمن الفساد ويشبه ان يدخل في هذا الباب نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الماء لقوله عليه الصلاة والسلام في بعض ألفاظه أنه نهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلأ . وقال أبو بكر بن المنذر ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : نهى عن بيع الماء ونهى عن بيع فضل الماء ليمنع به الكلأ وقال لا يمنع رهو بئر ولا بيع ماء واختلف العلماء في تأويل هذا النهى فحمله جماعة من العلماء على عمومه فقالوا لا يحل بيع الماء بحال كان من بئر أو غدير أو عين في أرض مملكة أو غير مملكة غير أنه ان كان متملكا كان أحق بمقدار حاجته منه وبه قال يحيى بن يحيى قال أربع لا أرى ان يمنعن الماء والنار والحطب والكلأ وبعضهم خصص هذه الأحاديث لمعارضة الاصول لها وهو أنه لا يحل مال أحد الا بطيب نفس منه كما قال عليه الصلاة والسلام وانعقد عليه الاجماع والذين خصصوا هذا المعنى اختلفوا في جهة تخصيصه فقال قوم معنى ذلك ان البئر يكون بين الشريكين يسقى هذا يوما وهذا يوما فيروى زرع أحدهما في بعض يومه ولا يروى في اليوم الذى لشريكه زرعه فيجب عليه ان لا يمنع شريكه من

الماء بقية ذلك اليوم وقال بعضهم إنما تأويل ذلك فى الذى يزرع على مائه فتنهار بئره ولجاره فضل ماء انه ليس لجاره ان يمنعه فضل مائه الى أن يصلح بئره والتاويلان قريبان ووجه التاويلين انهم حملوا المطلق في هذين الحديثين على المقيد وذلك انه نهى عن بيع الماء مطلقا ثم نهى عن منع فضل الماء فحملو المطلق في هذا الحديث على المقيد وقالوا الفضل هو الممنوع في الحديثين . واما مالك فاصل مذهبه ان الماء متى كان في أرض مملكة منبعة فهو لصاحب الارض له بيعه ومنعه الا ان يرد عليه قوم لا ثمن معهم ويخاف عليهم الهلاك وحمل الحديث على آبار الصحراء التى تتخذ فى الارضين الغير متملكة فرأى ان صاحبها اعنى الذى حفرها اولى بها فاذا روت ماشيته ترك الفضل للناس وكانه رأى ان البئر لا تتملك بالاحياء ومن هذا الباب التفرقة بين الوالدة وولدها وذلك انهم اتفقوا على منع التفرقة فى المبيع بين الام وولدها لثبوت قوله عليه الصلاة والسلام «من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» واختلفوا من ذلك في موضعين في وقت جواز التفرقة وفي حكم البيع اذا فاما حكم البيع فقال مالك يفسخ وقال الشافعى وأبو حنيفة لا يفسخ واثم البائع والمشترى وسبب الخلاف هل النهى يقتضى فساد المنهى اذا كان لعلة من خارج . واما الوقت الذى ينتقل فيه المنع الى الجواز فقال مالك حد ذلك الاثغار وقال الشافعى حد ذلك سبع سنين أو ثمان وقال الاوزاعى حده فوق عشرة سنين وذلك أنه أذا نفع نفسه واستغنى في حياته عن امه ويلحق بهذا الباب اذا وقع في البيع غبن لا يتغابن الناس بمثله هل يفسخ البيع أم لا فالمشهور في المذهب أن لا يفسخ وقال عبد الوهاب اذا كان فوق الثلث رد وحكاه عن بعض أصحاب مالك وجعله عليه الصلاة والسلام الخيار لصاحب الجلب اذا تلقى خارج المصر دليل على اعتبار الغبن وكذلك ما جعل لمنقذ بن حبان من الخيار ثلاثا لما ذكر له انه يغبن في البيوع ورأى قوم من السلف الاول ان حكم الوالد في ذلك حكم الوالدة وقوم رأوا ذلك في الاخوة.

﴿الباب السادس في النهى من قبل وقت العبادات﴾

وذلك انما ورد فى الشرع في وقت وجوب المشى الى الجمعة فقط لقوله تعالى «إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع» وهذا أمر مجمع عليه فيما أحسب أعنى منع البيع عند الاذان الذى يكون بعد الزوال والامام على المنبر واختلفوا فى حكمه اذا وقع هل يفسخ أو لا يفسخ فان فسخ فعلى من يفسخ وهل يلحق سائر العقود فى هذا المعنى

بالبيع أم لايلحق فالمشهور عن مالك انه يفسخ وقد قيل لا يفسخ وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة ☆ وسبب الخلاف كما قلنا غير مامرة هل النهي الوارد لسبب من خارج يقتضي فساد المنهي عنه أولا يقتضيه . وأما على من يفسخ فعند مالك على من تجب عليه الجمعة لا على من لا تجب عليه . وأما أهل الظاهر فتقتضي أصولهم ان يفسخ على كل بائع . وأما سائر العقود فيحتمل ان تلحق بالبيوع لان فيها المعنى الذي في البيع من الشغل به عن السعي الى الجمعة ويحتمل أن لايلحق به لانها تقع في هذا الوقت نادرا بخلاف البيوع . وأما سائر الصلوات فيمكن أن تلحق بالجمعة على جهة الندب لمرتقب الوقت فاذا فات فعلى جهة الحظر وان كان لم يقل به أحد في مبلغ علمي ولذلك مدح الله تاركي البيوع لمكان الصلاة فقال تعالى (رجال لاتلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله وإقام الصلاة وإيتاء الزكاة) واذ قد اثبتت اسباب الفساد العامة للبيوع فلنصر الى ذكر الاسباب والشروط المصححة له وهو القسم الثاني من النظر العام في البيوع

(القسم الثاني)

والاسباب والشروط المصححة للبيع هي بالجملة ضد الاسباب المفسدة له وهي منحصرة في ثلاثة أجناس ، النظر الاول في العقد ، والثاني في المعقود عليه ، والثالث في العاقدين ففي هذا القسم ثلاثة أبواب .

(الباب الاول في العقد)

والعقد لايصح الا بالفاظ البيع والشراء التي صيغتها ماضية مثل ان يقول البائع قد بعت منك ويقول المشتري قد اشتريت منك واذا قال له بعني سلعتك بكذا وكذا فقال قد بعتها فعند مالك ان البيع قد وقع وقد لزم المستفهم الا ان يأتي في ذلك بعذر وعند الشافعي انه لايتم البيع حتى يقول المشتري قد اشتريت وكذلك اذا قال المشتري للبائع بكم تبيع سلعتك فيقول المشتري بكذا وكذا فقال قد اشتريت منك اختلف هل يلزم البيع أم لا حتى يقول قد بعتها منك وعند الشافعي انه يقع البيع بالالفاظ الصريحة وبالكناية ولا أذكر لمالك في ذلك قولا ولايكفي عند الشافعي المعطاة دون قول ولا خلاف فيما أحسب ان الايجاب والقبول المؤثرين في اللزوم لايتراخى احدهما عن الثاني حتى يفترق المجلس أعني انه متى قال البائع قد بعت سلعتي بكذا وكذا فسكت المشتري ولم يقبل البيع حتى افترقا ثم أتى بعد ذلك فقال قد قبلت انه لايلزم ذلك البائع واختلفوا متى يكون اللزوم فقال مالك وأبو حنيفة وأصحابهما وطائفة من أهل

المدينة ان البيع يلزم في المجلس بالقول وان لم يفترقا وقال الشافعي واحمد واسحاق وأبو ثور وداود وابن عمر من الصحابة رضى الله عنهم البيع لازم بالافتراق من المجلس وانهما مهما لم يفترقا فليس يلزم البيع ولا ينعقد وهو قول ابن أبي ذئب في طائفة من أهل المدينة وابن المبارك وسوار القاضي شريح القاضي وجماعة من التابعين وغيرهم وهو مروى عن ابن عمر وأبي برزة الاسلمي من الصحابة ولا مخالف لهما من الصحابة وعمدة المشترطين لخيار المجلس حديث مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه مالم يفترقا الا بيع الخيار وفي بعض روايات هذا الحديث الا ان يقول أحدهما لصاحبه اختر وهذا حديث اسناده عند الجميع من اوثق الاسانيد وأصحها حتى لقد زعم ابو محمد ان مثل هذا الاسناد يوقع العلم وان كان من طريق الاحاد واما المخالفون فقد اضطرب بهم وجه الدليل لمذهبهم في رد العمل بهذا الحديث فالذي اعتمد عليه مالك رحمه الله في رد العمل به انه لم يلف عمل اهل المدينة عليه مع انه قد عارضه عنده مارواه من منقطع حديث ابن مسعود انه قال أيما بيعين تبعا فالقول قول البائع أو يترادان فكأنه حمل هذا على عمومه وذلك يقتضى ان يكون في المجلس وبعد المجلس ولو كان المجلس شرطا في انعقاد البيع لم يكن يحتاج فيه الى تبيين حكم الاختلاف في المجلس لان البيع بعد لم ينعقد ولا لزم بل بعد الافتراق من المجلس وهـذا الحديث منقطع ولا يعارض به الاول وبخاصة انه لايعارضه الا مع توهم العموم فيه والاولى أن يبنى هذا على ذلك وهذا الحديث لم يخرجه أحد مسنداً فيما أحسب فهذا هو الذي اعتمده مالك رحمه الله في ترك العمل بهـذا الحديث . وأما اصحاب مالك فاعتمدوا في ذلك على ظواهر سمعية وعلى القياس فمن اظهر الظواهر في ذلك قوله عز وجل « ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » والعقد هو الايجاب والقبول والامر على الوجوب وخيار المجلس يوجب ترك الوفاء بالعقد لان له عندهم ان يرجع في البيع بعد ماانعم مالم يفترقا. واما القياس فانهم قالوا عقد معاوضة فلم يكن لخيار المجلس فيه أثر أصله سائر العقود مثل النكاح والكتابة والخلع والرهون والصلح على دم العمد فلما قيل لهم ان الظواهر التي يحتجون بها يخصصها الحديث المذكور فلم يبق لكم في مقابلة الحديث الا القياس فيلزمكم على هذا ان تكونوا ممن يرى تغليب القياس على الاثر وذلك مذهب مهجور عند المالكية وان كان قد روى عن مالك تغليب القياس على السماع مثل قول أبي حنيفة فاجابوا عن ذلك بان هذا ليس من باب رد الحديث بالقياس ولا تغليب وانما هو من باب تأوله وصرفه عن ظاهره قالوا وتأويل الظاهر بالقياس

متفق عليه عند الاصوليين قالوا ولنا فيه تأويلان ، أحدهما أن المتبايعين في الحديث مذكور هما المتساومان اللذان لم ينفذ بينهما البيع فقيل لهم انه يكون الحديث على هذا لا فائدة فيه لانه معلوم من دين الامة انهما بالخيار اذا لم يقع بينهما عقد بالقول ، واما التأويل الآخر فقالوا أن التفرق ههنا انهما هو كناية عن الافتراق بالقول لا التفرق بالابدان كما قال تعالى (وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته) والاعتراض على هذا ان هذا مجاز لا حقيقة والحقيقة هي التفرق بالابدان ووجه الترجيح ان يقاس بين ظاهر هذا اللفظ والقياس فيغلب الاقوى والحكمة في ذلك هي لموضع الندم فهذه هي أصول الركن الاول الذى هو العقد ،

(واما الركن الثانى)

الذى هو المعقود عليه فانه يشترط فيه سلامته من الغرر والربا وقد تقدم المختلف في هذه من المتفق عليه وأسباب الاختلاف في ذلك فلا معنى لتكراره والغرر ينتفى عن الشيء بأن يكون معلوم الوجود معلوم الصفة معلوم القدر مقدورا على تسليمه وذلك في الطرفين الثمن والمثمون معلوم الاجل أيضا ان كان بيعا مؤجلا .

(واما الركن الثالث)

وهما العاقدان فانه يشترط فيهما ان يكونا مالكين تامى الملك أو وكيلين تامى الوكالة بالغين وأن يكونا مع هذا غير محجور عليهما او على أحدهما أما لحق أنفسهما فالسفيه عند من يرى التحجير عليه أو لحق الغير كالعبد الا ان يكون العبد مأذونا له في التجارة واختلفوا من هذا في بيع الفضولى هل ينعقد أم لا وصورته أن يبيع الرجل مال غيره بشرط ان رضى به صاحب المال أمضى البيع وان لم يرض فسخ وكذلك في شراء الرجل للرجل بغير اذنه على انه ان رضى المشترى صح الشراء والا لم يصح فمنعه الشافعى فى الوجهين جميعا وأجازه مالك فى الوجهين جميعا وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء فقال يجوز في البيع ولا يجوز فى الشراء وعمدة المالكية ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم دفع الى عروة البارقى دينارا وقال اشتر لنا من هذا الحلب شاة قال فاشتريت شاتين بدينار وبعت احدى الشاتين بدينار وجئت بالشاة والدينار فقلت يا رسول الله هذه شاتكم وديناركم فقال اللهم بارك له في صفقة يمينه ووجه الاستدلال منه ان النبى صلى الله عليه وسلم لم يامره في الشاة الثانية الا بالشراء ولا بالبيع فصار ذلك حجة على أبى حنيفة في صحة الشراء للغير وعلى الشافعى فى الامرين جميعا وعمدة الشافعه

النهى الوارد عن بيع الرجل ماليس عنده والمالكيه تحمله على بيعه لنفسه لالغيره قالوا والدليل على ذلك ان النهى انما ورد فى حكيم بن حزام وقضيته مشهورة وذلك انه كان يبيع لنفسه ماليس عنده ☆ وسبب الخلاف المسألة المشهورة هل اذا ورد النهى على سبب حمل على سببه أو يعم فهذه هى أصول هذا القسم وبالجملة فالنظر في هذا القسم هو منطو بالقوة في الجزء الاول ولكن النظر الصناعى الفقهى يقتضى ان يفرد بالتكام فيه واذقد تكامنا في هـذا الجزء بحسب غرضنا فلنصر في الى القسم الثالث وهو القول في الاحكام العامة للبيوع الصحيحه .

(القسم الثالث القول فى الاحكام العامة للبيوع الصحيحة)

وهذا القسم تنحصر اصوله التى لهاتعلق قريب بالمسموع في أربع جمل الجملة الاولى في احكام وجود العيب فى المبيعات ؟ والجملة الثانية فى الضمان في المبيعات متى ينتقل من ملك البائع الى ملك المشترى ؟ والثالثة في معرفة الاشياء التى تتبع المبيع مماهي موجودة فيه في حين البيع من التى لاتتبعه والرابعة في اختلاف المتبايعين وان كان الاليق به كتاب الاقضية وكذلك أيضا من أبواب أحكام البيوع الاستحقاق وكذلك الشفعة هي ايضا من احكام الطارئة عليه لكن جرت العادة ان يفرد لها كتاب

(الجملة الاولى) وهذه الجملة فيها بابان ، الباب الاول فى احكام وجود العيوب في البيع المطلق ، والباب الثانى في أحكامها فى البيع بشرط البراءة .

(الباب الاول في احكام العيوب في البيع المطلق)

والاصل في وجوب الرد بالعيب قوله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وحديث المصراة المشهور ولما كان القائم بالعيب لايخلو أن يقوم في عقد يوجب الرد أو يقوم في عقد لايوجب ذلك ثم اذاقام في عقد يوجب الرد فلا يخلو ايضا ان يقوم بعيب يوجب حكما أولا يوجبه ثم قام بعيب يوجب حكما فلا يخلو المبيع ايضاً أن يكون قد حدث فيه تغير بعد البيع اولا يكون فان كان لم يحدث فما حكمه وان كان حدث فيه فكم أصناف التغيرات وما حكمها كانت الفصول المحيطة باصول هذا الباب خمسة .الفصل الاول في معرفة العقود التى يجب فيها بوجود العيب حكم من التى لايجب ذلك فيها. الثانى في معرفة العيوب التى توجب الحكم وما شرطها الموجب للحكم فيها. الثالث في معرفة حكم العيب الموجب اذا كان المبيع لم يتغير. الرابع في معرفة أصناف التغيرات الحادثة عند المشترى وحكمها

الخامس في القضاء ، وحكمها المشترى فى هذا الحكم عند اختلاف المتبايعين وان كان أليق بكتاب الاقضية .

(الفصل الاول من الباب الاول)

أما العقود التى يجب فيها بالعيب حكم بلا خلاف فهى العقود التى المقصود منها المعاوضة كما ان العقود التى ليس المقصود منها المعاوضة لا خلاف أيضاً في انه لا تأثير للعيب فيها كالهبات لغير الثواب والصدقة . وأما ما بين هذين الصنفين من العقود أعنى ماجمع قصد المكارمة والمعاوضة مثل هبة الثواب فالاظهر فى المذهب انه لا حكم فيها بوجوب العيب وقد قيل يحكم به اذا كان العيب مفسدا .

(الفصل الثانى)

وفي هذا الفصل نظران ، أحدهما في العيوب التى توجب الحكم ، والنظر الثانى في الشرط الموجب له .

(النظر الاول) . فاما العيوب التى توجب الحكم فمنها عيوب في النفس ومنها عيوب في البدن وهذه منها ماهي عيوب بان تشترط اضدادها في المبيع وهي التى تسمى عيوبا من قبل الشرط ومنها ماهى عيوب توجب الحكم وان لم يشترط وجود اضدادها في المبيع وهذه هى التى فقدها نقص في أصل الخلقة . وأما العيوب الاخر فهى التى أضدادها كمالات وليس فقدها نقصاً مثل الصنائع وأكثر مايوجد هذا الصنف فى أحوال النفس وقد يوجد فى أحوال الجسم والعيوب الجسمانية منها ماهي فى أجسام ذوات الانفس ومنها ماهي غير ذوات الانفس والعيوب التى لها تأثير في العقد هي عند الجميع ما نقص عن الخلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعى نقصانا له تأثير في ثمن المبيع وذلك يختلف بحسب اختلاف الازمان والعوائد والاشخاص فربما كان النقص في الخلقة فضيلة فى الشرع كالخفاض فى الاماء والختان فى العبيد ولتقارب هذه المعانى في شيء شيء مما يتعامل الناس به وقع الخلاف بين الفقهاء فى ذلك ونحن نذكر من هذه المسائل ما اشتهر الخلاف فيه بين الفقهاء ليكون ما يحصل من ذلك فى نفس الفقيه يعود كالقانون والدستور الذى يعمل عليه فيما لم يجد فيه نصا عمن تقدمه أو فيما لم يقف على نص فيه لغيره فمن ذلك وجود الزنا فى العبيد اختلف العلماء فيه فقال مالك والشافعى هو عيب وقال أبو حنيفة ليس بعيب وهو نقص فى الخلق الشرعى الذى هو العفة والزوج عند مالك عيب وهو من العيوب العائقة عن الاستعمال وكذلك الدين وذلك أن

العيب بالجملة هو ماعاق فعل النفس أو فعل الجسم وهذا العائق قد يكون في الشيء وقد يكون من خارج وقال الشافعي ليس الدين ولا الزوج بعيب فيها أحسب والحمل في الرائعة عيب عند مالك وفي كونه عيبا في الوحش خلاف في المذهب والتصرية عند مالك والشافعي عيب وهو حقن اللبن في الثدى أياما حتى يوهم ذلك أن الحيوان ذو لبن غزير وحجتهم حديث المصراة المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم: لاتصروا الابل والبقر فمن فعل ذلك فهو بخير النظرين ان شاء أمسكها وان شاء ردها وصاعا من تمر قالوا فاثبت له الخيار بالرد مع التصرية وذلك دال على كونه عيبا مؤثرا قالوا وأيضا فانه مدلس فاشبه التدليس بسائر العيوب، وقال أبو حنيفة وأصحابه ليست التصرية عيبا للاتفاق على أن الانسان اذا اشترى شاة فخرج لبنها قليلا ان ذلك ليس بعيب قالوا وحديث المصراة يجب أن لايوجب عملا لمفارقته الاصول وذلك انه مفارق للاصول من وجوه فمنها انه معارض لقوله عليه الصلاة والسلام: الخراج بالضمان وهو أصل متفق عليه ومنها ان فيه معارضة منع بيع طعام بطعام نسيئة وذلك لايجوز باتفاق ومنها أن الاصل في المتلفات إما القيم . واما المثل واعطاء صاع من تمر في لبن ليس قيمة ولا مثلا ومنها بيع الطعام المجهول أى الجزاف بالمكيل المعلوم لان اللبن الذى دلس به البائع غير معلوم القدر وأيضا فانه ينقل ويكثر والعوض ههنا محدود ولكن الواجب أن يستثنى هذا من هذه الاصول كلها لموضع صحة الحديث وهذا كانه ليس من هذا الباب وانما هو حكم خاص ولكن اطرد اليه القول فلنرجع الى حيث كنا فنقول انه لاخلاف عندهم في العور والعمى وقطع اليد والرجل انها عيوب مؤثرة وكذلك المرض في أى عضو كان أو كان في جملة البدن والشيب فى المذهب عيب في الرائعة وقيل لابأس باليسير منه فيها وكذلك الاستحاضة عيب في الرقيق والوخش وكذلك ارتفاع الحيض عيب في المشهور من المذهب والزعر عيب وأمراض الحواس والاعضاء كلها عيب باتفاق وبالجملة فاصل المذهب ان كل ماأثر في القيمة أعنى نقص منها فهو عيب والبول في الفراش عيب وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ترد الجارية به ولايرد العبد به والتأنيث في الذكر والتذكير في الانثى عيب هذا كله في المذهب الاماذكرنا فيه الاختلاف .

(النظر الثانى) وأما شرط العيب الموجب للحكم به فهو ان يكون حادثا قبل أمد التبايع باتفاق أو في العهدة عند من يقول بها فيجب ههنا ان نذكر اختلاف الفقهاء في العهدة فنقول نفرد مالك بالقول بالعهدة دون سائر فقهاء الامصار وسلفه في ذلك أهل المدينة الفقهاء السبعة

وغيرهم ومعنى العهدة أن كل عيب حدث فيها عند المشــترى فهو من البائع وهي عند القائلين بها عهدتان عهدة الثلاثة الايام وذلك من جميع العيوب الحادثة فيها عند المشترى وعهدة السنــة وهي من العيوب الثلاثة الجذام والبرص والجنون فما حدث في الســنة من هذه الثلاث بالمبيع فهو من البائع وما حدث من غيرها من العيوب كان من ضمان المشترى على الاصل وعهدة الثلاث عند المالكية بالجملة بمنزلة أيام الخيار وأيام الاستبراء والنفقة فيها والضمان من البائع وأما عهدة السنة فالنفقة فيها والضــمان من المشترى الا من الادواء الثلاثة وهذه العهدة عند مالك في الرقيق وهي أيضا واقعة في أصناف البيوع في كل ما القصد منه المماكسة والمحاكرة وكان بيعا لا في الذمة هذا مالا خلاف فيه في المذهب واختلف في غير ذلك وعهدة السنة تحسب عنده بعد عهدة الثلاث في الاشــهر من المذهب وزمان المواضعة يتداخل مع عهدة الثلاث ان كان زمان المواضعة أطول من عهدة الثلاث وعهدة السنة لا تتداخل مع عهدة الاستبراء هذا هو الظاهر من المذهب وفيه اختلاف وقال الفقهاء السبعة لا يتداخل منها عهدة مع ثانية فعهدة الاستبراء أولا ثم عهدة الثلاث ثم عهدة السنة واختلف أيضا عن مالك هل تلزم العهدة في كل البلاد من غير أن يحمل أهلها عليها فروى عنه الوجهان فاذا قيل لا يلزم أهل هذه البلد الا أن يكونوا قد حملوا على ذلك فهل يجب أن يحمل عليها أهل كل بلد أم لا فيه قولان في المذهب ولا يلزم النقد في عهدة الثلاث وان اشترط ويلزم في عهدة السنة والعلة في ذلك أنه لم يكمل تسليم البيع فيها للبائع قياسا على بيع الخيار لتردد النقد فيها بين السلف والبيع فهذه كلها مشهورات أحــكام العهدة في مذهب مالك وهى كلها فروع مبنية على صحة العهدة فلنرجع الى تقرير حجج المثبتين لها والمبطلين . أما عمدة مالك رحمه الله في العهدة وحجته التى عول عليها فهى عمل أهل المدينة . وأما أصحابه المتأخرون فانهم احتجوا بمــا رواه الحسن عن عقبة بن عامر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال عهدة الرقيق ثلاثة أيام وروى أيضا لا عهدة بعد أربع وروى هذا الحديث أيضا الحسن عن سمرة بن جندب الفزارى رضى الله عنه وكلا الحديثين عند أهل العلم معلول فانهم اختلفوا في سماع الحسن عن سمرة وان كان الترمذى قد صححه ، وأما سائر فقهاء الامصار فلم يصح عندهم فى العهدة أثر ورأوا انها ولو صحت مخالفة للاصول وذلك أن المسلمين مجمعون على أن كل مصيبة تنزل بالمبيع قبل قبضه فهى من المشترى فالتخصيص لمثل هذا الاصل المتقرر انما يكون بسماع ثابت ولهذا ضعف عند مالك في أحد الروايتين عنه أن يقضى بها في

كل بلد الا ان يكون ذلك عرفا في البلد أو يشترط وبخاصة عهدة السنة فانه لم يأت في ذلك أثر وروى الشافعي عن ابن جريج قال سألت ابن شهاب عن عهدة السنة والثلاث فقال ما علمت فيها أمراً سالفا واذا قد تقرر القول في تمييز العيوب التي توجب حكما من التي لا توجبه وتقرر الشرط في ذلك وهو ان يكون العيب حادثا قبل البيع أو في العهدة عند من يرى العهدة فلنصر الى ما بقي .

(الفصل الثالث)

واذا وجدت العيوب فان لم يتغير المبيع بشيء من العيوب عند المشترى فلا يخلو ان يكون في عقار أو عروض أو في حيوان فان كان في حيوان فلا خلاف ان المشترى مخير بين أن يرد المبيع ويأخذ ثمنه أو يمسك ولا شيء له . وأما ان كان في عقار فمالك يفرق في ذلك بين العيب اليسير والكثير فيقول ان كان العيب يسيرا لم يجب الرد ووجبت قيمة العيب وهو الارش وان كان كثيراً وجب الرد هذا هو الموجود المشهور في كتب أصحابه ولم يفصل البغداديون هذا التفصيل . وأما العروض فالمشهور في المذهب انها ليست في هذا الحكم بمنزلة الاصول وقد قيل أنها بمنزلة الاصول في المذهب وهذا الذي كان يختاره الفقيه أبو بكر بن زرق شيخ جدي رحمة الله عليهما وكان يقول أنه لا فرق في هذا المعنى بين الاصول والعروض وهذا الذي قاله يلزم من يفرق بين العيب الكثير والقليل في الاصول أعني ان يفرق في ذلك أيضا في العروض والاصل ان كل ما حط القيمة أنه يجب به الرد وهو الذي عليه فقهاء الامصار ولذلك لم يعول البغداديون فيما أحسب على التفرقة التي قلت في الاصول ولم يختلف قولهم في الحيوان أنه لا فرق فيه بين العيب القليل والكثير .

(فصل) واذ قد قلنا أن المشترى يخير بين أن يرد المبيع ويأخذ ثمنه أو يمسك ولا شيء له فان اتفقا على أن يمسك المشترى سلعته ويعطيه البائع قيمة العيب فعامة فقهاء الامصار يجيزون ذلك الا ابن جريج من أصحاب الشافعي فانه قال ليس لهما ذلك لانه خيار في مال فلم يكن له اسقاطه بعوض كخيار الشفعة (قال القاضي) عبد الوهاب وهذا غلط لان ذلك حق للمشترى فله أن يتوفيه أعني أن يرد ويرجع بالثمن وله ان يعاوض على تركه وما ذكره من خيار الشفعة فانه شاهدلنا فان له عندنا تركه الى عوض يأخذه وهذا الاخلاف فيه وفي هذا الباب فرعان مشهوران من قبل التبعيض . أحدهما هل اذا اشترى المشترى أنواعا من المبيعات في صفقة واحدة فوجد أحدها معيبا فهل يرجع بالجميع أو بالذي وجد فيه العيب فقال قوم ليس

له الا ان يرد الجميع أو يمسك وبه قال أبو ثور والأوزاعى الا ان يكون قد سمى ما لكل واحد من تلك الانواع من القيمة فان هذا مما لا خلاف فيه أنه يرد المبيع بعينه فقط وإنما الخلاف اذا لم يسم وقال قوم يرد المعيب بحصته من الثمن وذلك بالتقدير وممن قال بهذا القول سفيان الثورى وغيره وروى عن الشافعى القولان معا وفرق مالك فقال ينظر في المعيب فان كان ذلك وجه الصفقة والمقصود بالشراء رد الجميع وان لم يكن وجه الصفقة رده بقيمته وفرق أبو حنيفة تفريقا آخر وقال ان وجد العيب قبل القبض رد الجميع وان وجده بعد القبض رد المعيب بحصته من الثمن ففى هذه المسئلة أربعة أقوال فحجة من منع التبعيض في الرد ان المردود يرجع فيه بقيمة لم يتفق عليها المشترى والبائع وكذلك الذى يبقى انما يبقى بقيمة لم يتفقا عليها ويمكن انه لو بعضت السلعة لم يشتر البعض بالقيمة التى أقيم بها . وأما حجة من رأى الرد في البعض المعيب ولابد فلانه موضع ضرورة فأقيم فيه التقويم والتقدير مقام الرضا قياسا على ان مافات فى البيع فليس فيه الا القيمة . وأما تفريق مالك بين ماهو وجه الصفقة أو غير وجهها فاستحسان منه لانه رأى ان ذلك المعيب اذا لم يكن مقصوداً في المبيع فليس كبير ضرر في أن لايوافق الثمن الذى أقيم به أرادة المشترى أو البائع . وأما عندمايكون مقصوداً أوجل المبيع فيعظم الضرر في ذلك واختلف عنه هل يعتبر تأثير العيب في قيمة الجميع أو في قيمة المعيب خاصة . وأما تفريق أبى حنيفة بين ان يقبض أولا يقبض فان القبض عنده شرط من شروط تمام البيع ومالم يقبض المبيع فضمانه عنده من البائع وحكم الاستحقاق في هذه المسئلة حكم الرد بالعيب .

﴿وأما المسئلة الثانية﴾ فانهم اختلفوا أيضا فى رجلين يبتاعان شيئاً واحداً في صفقة واحدة فيجد ان به عيبا فيريد أحدهما الرجوع ويأبى الآخر فقال الشافعى لمن أراد الرد ان يرد وهي رواية ابن القاسم عن مالك وقيل ليس له أن يرد فمن أوجب الرد شبهه بالصفقتين المفترقتين لانه قد اجتمع فيها عاقدان ومن لم يوجبه شبهه بالصفقة الواحدة اذا اراد المشترى فيها تبعيض رد المبيع بالعيب .

﴿ الفصل الرابع ﴾

وأما ان تغير المبيع عند المشترى ولم يعلم بالعيب الا بعد تغير المبيع عنده فالحكم في ذلك يختلف عند فقهاء الامصار بحسب التغير . فاما ان تغير بموت أو فساد أو عتق ففقهاء الامصار على انه فوت ويرجع المشترى على البائع بقيمة العيب وقال عطاء ابن أبى رباح لايرجع في الموت والعتق بشيء وكذلك عندهم حكم من اشترى

جارية فاولدها وكذلك التدبير عندهم وهو القياس في الكتابة . وأماتغيره بالبيع فانهم اختلفوا فيه فقال أبوحنيفة والشافعى اذا باعه لم يرجع بشيء وكذلك قال الليث . وأمامالك فله في البيع تفصيل وذلك انه لايخلوا أن يبيعه من بائعه منه أومن غيربائعه ولا يخلو أيضا ان يبيعه بمثل الثمن أو أقل أو أكثر فان باعه من بائعه منه بمثل الثمن فلا رجوع له بالعيب وان باعه منه بأقل من الثمن رجع عليه بقيمة العيب وان باعه بأكثر من الثمن نظر فان كان البائع الاول مدلسا أى عالما بالعيب لم يرجع الاول على الثانى بشيء وان لم يكن مدلسا رجع الاول على الثانى في الثمن والثانى على الاول أيضا وينفسخ البيعان ويعود المبيع الى ملك الاول فان باعه من عند بائعه منه فقال ابن القاسم لارجوع له بقيمة العيب مثل قول أبى حنيفة والشافعى وقال ابن عبد الحكم له الرجوع بقيمة العيب وقال أشهب يرجع بالاقل من قيمة العيب أو بقيمة الثمن هذا اذا باعه بأقل مما شتراه وعلى هذا لايرجع اذا باعه بمثل الثمن أو أكثر وبه قال عثمان البتى ووجه قول ابن القاسم والشافعى وأبى حنيفة انه اذا فات بالبيع فقد أخذ عوضا فيه من غير ان متبر تأثير العيب في ذلك العوض الذى هو الثمن ولذلك متى قام عليه المشترى منه بعيب رجع هو على البائع الاول بلا خلاف ووجه القول الثانى تشبيه البيع بالعتق ووجه قول أشهب وعثمان انه لوكان عنده المبيع لم يكن له الا الامساك أو الرد للجميع فاذا باعه فقد أخذ عوض ذلك الثمن فليس له الا ما نقص الا ان يكون أكثر من قيمة العيب وقال مالك ان وهب أو تصدق رجع بقيمة العيب وقال أبو حنيفة لا يرجع لان هبته أو صدقته تفويت للملك بغير عوض ورضى منه بذلك طلبا للاجر فيكون رضاه باسقاط حق العيب أولى وأحرى بذلك . وأما مالك فقياس الهبة على العتق وقد كان القياس أن لايرجع في شيء من ذلك اذا فات ولم يمكنه الرد لان اجماعهم على انه اذا كان فى يديه فليس يجب له الا الرد أو الامساك دليل على انه ليس للعيب تاثير في اسقاط شيء من الثمن وانما له تأثير في فسخ البيع فقط . وأما العقود التى يتعاقبها الاسترجاع كالرهن والاجارة فاختلف فى ذلك أصحاب مالك فقال ابن القاسم لايمنع ذلك من الرد بالعيب اذا رجع اليه المبيع وقال أشهب اذا لم يكن زمان خروجه عن يده زمانا بعيداً كان له الرد بالعيب وقول ابن القاسم أولى والهبة للثواب عند مالك كالبيع فى انها فوت فهذه هي الاحوال التي تطرأ على المبيع من العقود الحادثة فيها وأحكامها .

(باب في طروء النقصان)

وأما ان طرأ على المبيع نقص فلا يخلوا ان يكون النقص في قيمته أو في البدن أوفي النفس . فاما نقصان القيمة لاختلاف الاسواق فغير مؤثر في الرد بالعيب باجماع وأما النقصان الحادث في البدن فان كان يسيراً غير مؤثر في القيمة فلا تأثير له في الرد بالعيب وحكمه حكم الذى لم يحدث وهذا نص مذهب مالك وغيره . وأما النقص الحادث في البدن المؤثر في القيمة فاختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال ، أحدها انه ليس له ان يرجع الا بقيمة العيب فقط وليس له غير ذلك اذا أبى البائع من الردوبه قال الشافعي في قوله الجديد وأبو حنيفة وقال الثورى ليس له الا ان يرد ويردمقدار العيب الذى حدث عنده وهو قول الشافعي الاول ، والقول الثالث قول مالك ان المشترى بالخيار بين ان يمسك ويضع عنه البائع من الثمن قدر العيب أو يرده على البائع ويعطيه ثمن العيب الذى حدث عنه وانه اذا اختلف البائع والمشترى فقال البائع للمشترى أنا أقبض المبيع وتعطى أنت قيمة العيب الذى حدث عندك وقال المشترى بل أنا أمسك المبيع وتعطى أنت قيمة العيب الذى حدث عندك فالقول قول المشترى والخيار له وقد قيل في المذهب القول قول البائع وهذا انما يصح على قول من يرى انه ليس للمشترى الا ان يمسك أو يرد وما نقص عنده وشذ أبو محمد بن حزم فقال له ان يرد ولا شيء عليه . وأما حجة من قال انه ليس للمشترى الا ان يرد ويرد قيمة العيب أو يمسك فلانه قد أجمعوا على انه اذا لم يحدث بالمبيع عيب عند المشترى فليس له الا الرد فوجب استصحاب حال هذا الحكم وان حدث عندالمشترى عيب مع اعطائه قيمة العيب الذى حدث عنده . وأمامن رأى انه لايرد المبيع بشيء وانما له قيمة العيب الذى كان عند البائع فقياسا على العتق والموت لكون هذا الاصل غير مجمع عليه وقد خالف فيه عطاء وأما مالك فلما تعارض عنده حق البائع وحق المشترى غلب المشترى وجعل له الخيار لان البائع لايخلو من أحد أمرين. اما ان يكون مفرطا في ان لم يستعلم العيب ويعلم به المشترى أو يكون علمه فدلس به على المشترى وعند مالك انه اذا صح انه دلس بالعيب وجب عليه الرد من غير ان يدفع اليه المشترى قيمة العيب الذى حدث عنده فان مات من ذلك العيب كان ضمانه على البائع بخلاف الذى لم يثبت انه دلس فيه . وأما حجة أبى محمد فلانه أمر حدث من عند الله كما لو حدث في ملك البائع فان الرد بالعيب دال على أن البيع لم ينعقد في نفسه وانما انعقد في الظاهر وأيضا فلا كتاب ولا سنة يوجب على مكلف غرم مالم يكن له تأثير في نقصه الا أن يكون على جهة التغليظ عند من ضمن الغاصب مانقص عنده

بامر من الله فهذا حكم العيوب الحادثة في البدن. وأما العيوب التى في النفس كالاباق والسرقة فقد قيـل في المذهب انها تفيت الرد كعيوب الابدان وقيل لا ولا خلاف ان العيب الحادث عندالمشترى اذاارتفع بعدحدوثه انه لاتاثير له في الرد الا ان لايؤمن عاقبته واختلفوا من هذا الباب في المشترى يطاء الجارية فقال قوم اذا وطيء فليس له الرد وله الرجوع بقيمة العيب وسواء كانت بكرا أو ثيباوبه قال أبو حنيفةوقال الشافعى يرد قيمة الوطء في البكر ولا يردها في الثيب وقال قوم بل يردها ويرد مهر مثلها وبه قال ابن أبى شبرمة وابن أبى ليلىوقال سفيان الثورى ان كانت ثيبا رد نصف العشر من ثمنها وان كانت بكرا رد العشر من ثمنها وقال مالك ليس عليه في وطء الثيب شيء لانه غلة وجبت له بالضمان . وأما البكر فهو عيب يثبت عنده للمشترى الخيار على ماسلف من رأيه وقدروى مثل هذا القولعن الشافعى وقال عثمان البتى الوطء معتبر فى العرف فى ذلك النوع من الرقيق فان كان له أثر فىالقيمة رد البائع مانقصوان لم يكن له أثر لم يلزمه شيءفهذا هو حكمالنقصان الحادث فىالمبيعات . وأما الزيادةالحادثة فى المبيع أعنى المتولدة المنفصلة منه فاختلف العلماء فيها فذهب الشافعى الى انها غير مؤثرة فى الرد وانها للمشترىلعمومقوله عليه الصلاة والسلام:الخراج الضمان . وأما مالك فاستثنى من ذلك الولد فقال يرد للبايع وليس للمشترى الاالردللزائد مع الاصل أو الامساك وقال أبو حنيفة الزوائد كلها تمنع الرد توجبأرش العيبالا الغلةوالكسب وحجتهأن ماتولد عنالمبيع داخلفىالعقد فلما لم يكن رده ورد ماتولد عنه كان ذلك فوتا يقتضى أرش العيب الا مانصه الشرع من الخراج والغلة . وأما الزيادة الحادثة فى نفس المبيع الغير المنفصلة عنه فانها ان كانت مثل الصبغ فىالثوب والرقمفىالثوب فانها توجب الخيار فى المذهب. إما فىالامساك والرجوع بقيمة العيب . واماقي الرد وكونه شريكامع البايع بقيمة الزيادة. وأما النماء فى البدن مثل السمن فقد قيـل فى المذهب يثبت به الخيار للمشترى وقيل لايثبت وكذلك النقص الذى هو الهزال فهذا هو القول فى حكم التغير .

(الفصل الخامس)

وأما صفةالحكمفي القضاء بهذهالاحكام فانه اذا تقار البايع والمشترى على حالة من هذه الاحوال المذكورةههنا وجبالحكمالخاصبتلكالحال فان أنكر البايع دعوىالقائمفلا يخلو ان ينكر وجود العيب أو ينكر حدوثه عندهفانانكر وجود العيب بالمبيعفانكان العيب يستوى في ادراكهجميعالناسكفى في ذلك شاهد انعدلان ممن اتفق منالناس

وان كان مما يختص بعلمه أهل صناعة ماشهد به أهل تلك الصناعةفقيل في المذهب عـدلان وقيل لايشترط في ذلك العدالة ولاالعدد ولا الاسلام وكذلك الحال ان اختلفوا في كونه مؤثراً فى القيمة وفي كونه أيضا قبل أمد التبايع أو بعده فانلم يكن للمشترى بينة حلف البائع انه ماحدث عنده وانلم (١) تكنله بينة على وجود العيب بالمبيع لم يجب له يمين على البائع . وأما اذا وجب الارش فوجه الحـكم في ذلك أن يقوم الشيء سليما ويقوم معيباً ويرد المشترى مابين ذلك فان وجب الخيار قوم ثلاث تقويمات تقويم وهو سليم وتقويم بالعيب الحادث عند البايع وتقويم بالعيب الحادث عند المشترى فيرد البايع من الثمن ويسقط عنه ماقدر منه قدر ماتنقص به القيمة المعينة عن القيمة السليمة وان أبى المشترى الرد وأحب الامساك رد البائع من الثمن مابين القيمةالصحيحةوالمعيبة عنده .

(الباب الثانى فيبيع البراءة)

ختلف العلماء في جواز هـذا البيع وصورته ان يشترط البائع على المشترى التزام كل عيب يجده في المبيع على العموم فقال أبوحنيفة يجوز البيع بالبراءة من كل عيب سواء علمه البائع أولم يعلمه سماه أولم اسمهأبصره أولم يبصره وبه قال أبو ثور وقال الشافعى في أشهر قوليه وهو المنصور عند اصحابه لايبرأ البائع الامن عيب يريه للمشترى وبهقال الثورى . وأمامالك فالاشهرعنهأن البراءة جائزة مما لم يعلم البايع من العيوب وذلك فى الرقيق خاصة الاالبراءة من الحمل في الجوارى الرائعات فانه لايجوز عنده لعظم الغرر فيه ويجوز فى الوخش وعنـه في رواية ثانية انه يجوز في الرقيق والحيوان ورواية ثالثة مثل قول الشافعى وقدروى عنهأنبيع البراءة انما يصح من السلطان فقط اوقيـل فى بيع السلطان وع المواريث وذلك من غيران يشترطوا البراءة وحجةمنرأى القولبالبراءة على الاطلاقأن القيام بالعيب حق منحقوق المشترى قبل البايع فاذا أسقطه سقط أصله سائر الحقوق الواجبـة وحجة من. لم يجزه على الاطلاق أن ذلك من باب الغرر فيما لم يعلمه البايع ومن باب الغـبن والغش فيما علمـه ولذلك اشترط جهل البائع مالك وبالجملة فعمدة مالك مارواه فى الموطا أن عبد الله بن عمر باع غلاماً له بثمانمائة درهم وباعه على البراءة فقال الذى ابتاعه لعبد الله بن عمر بالغلام داء لمتسمه فاختصما الى عثمان فقال الرجل باعنى عبداًوبه داءلمسمهلى وقال عبد الله بعتهبالبراءة فقضى عثمان على عبدالله ان يحلف نقدباع العبدومابهداء يعلمه فأبى عبدالله أن يحلف وارتجع العبدوروى

أيضا أن زيد بن ثابت كان يجيز بيع البراءة وانما خص مالك بذلك الرقيق لكون عيوبهم في الاكثر خافية وبالجملة خيار الرد بالعيب حق ثابت للمشترى ولما كان ذلك يختلف اختلافا كثيراً كاختلاف المبيعات في صفاتها وجب اذا اتفقا على الجهل به أن لا يجوز أصله اذا اتفقا على جهل صفة المبيع المؤثرة في الثمن ولذلك حكى ان ابن القاسم في المدونة عن مالك أن آخر قوله كان انكار بيع البراءة الا ما خفف فيه للسلطان وفي قضاء الديون خاصة وذهب المغيرة من أصحاب مالك الى أن البراءة انما تجوز فيما كان من العيوب لا يتجاوز فيها ثلث المبيع والبراءة بالجملة انما تلزم عند القائلين بها بالشرط أعنى اذا اشترطها الا بيع السلطان والمواريث عند مالك أو بيع السلطان فقط فالكلام بالجملة في بيع البراءة هو في جوازه وفي شرط جوازه فيما يجوز من العقود والمبيعات والعيوب ولمن يجوز بالشرط أو مطلقا وهذه كلها قد تقدمت بالقوة في قولنا فاعلمه .

(الجملة الثانية في وقت ضمان المبيعات) واختلفوا في الوقت الذي يضمن فيه المشترى المبيع أنى لكون خسارته ان هلك منه فقال أبو حنيفة والشافعي لا يضمن المشترى الا بعد القبض وأما مالك فله في ذلك تفصيل وذلك ان المبيعات عنده في هذا الباب ثلاثة أقسام ، بيع يجب على البائع فيه حق توفية من وزن اوكيل وعدد . وبيع ليس فيه حق توفية وهو الجزاف أوما لا يوزن ولا يكال ولا يعد ، فاما ماكان فيه حق توفية فلا يضمن المشترى الا بعد القبض . وأما ماليس فيه حق توفية وهو حاضر فلا خلاف في المذهب ان ضمانه من المشترى وان لم يقبضه . وأما المبيع الغائب فمن مالك في ذلك ثلاث روايات أشهرها ان الضمان من البائع الا ان يشترطه على المبتاع والثانية انه من المبتاع الا أن يشترطه على البائع والثالثة الفرق بين ماليس بمأمون البقاء الى وقت الاقتضاء كالحيوان والماكولات وبين ماهو مامون البقاء والخلاف في هذه المسئلة مبنى على هل القبض شرط من شروط العقد أو حكم من أحكام العقد والعقد لازم دون القبض من شروط صحة العقد أو لزومه أو كيفما شئت ان تعبر عن هذا المعنى كان الضمان عنده من البائع حتى يقبضه المشترى ومن قال هو حكم لازم من أحكام المبيع والبيع قد انعقد ولزم قال بالعقد يدخل فى ضمان المشترى وتفريق مالك بين الغايب والحاضر والذى فيه حق توفية والذى ليس فيه حق توفية استحسان ومعنى الاستحسان فى أكثر الاحوال هو الالتفات الى المصلحة والعدل وذهب اهل الظاهر الى أن بالعقد يدخل في ضمان المشترى وفيما أحسب وعمدة من رأى ذلك اتفاقهم على أن الخراج قبل القبض للمشترى وقد قال عليه الصلاة والسلام : الخراج بالضمان وعمدة المخالف حديث عتاب بن أسيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعثه الى مكة قال له

انهم عن بيع مالم يقضبوا وربح مالم يضمنوا وقد تكلمنا في شرط القبض في المبيع فيما سلف ولا خلاف بين المسلمين انه من ضمان المشترى بعد القبض الا في العهدة والجوائح واذ قد ذكرنا العهدة فينبغى أن نذكر ههنا الجوائح .

﴿ القول فى الجوائح ﴾

اختلف العلماء في وضع الجوائح في الثمار فقال بالقضاء بها مالك وأصحابه ومنعها أبو حنيفة والثورى والشافعى في قوله الجديد والليث فعمدة من قال بوضعها حديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من باع ثمراً فاصابته جائحة فلا يأخذ من أخيه شيئا على ماذا يأخذ أحدكم مال أخيه خرجه مسلم عن جابر وماروى عنه أنه قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بوضع الجوائح فعمدة من أجاز الجوائح حديثا جابر هذان وقياس الشبه أيضاً وذلك انهم قالوا انه مبيع بقى على البائع فيه حق توفية بدليل ماعليه من سقيه الى ان يكمل فوجب أن يكون ضمانه منه أصله سائر المبيعات التى بقى فيها حق توفية والفرق عندهم بين هذا المبيع وبين سائر البيوع ان هذا بيع وقع في الشرع والمبيع لم يكمل بعد فكانه مستثنى من النهى عن بيع مالم يخلق فوجب ان يكون في ضمانه مخالفا لسائر المبيعات . وأما عمدة من لم يقل بالقضاء بها فتشبيه هذا البيع بسائر المبيعات وان التخلية في هذا المبيع هو القبض وقد اتفقوا على ان ضمان المبيعات بعد القبض من المشترى ومن طريق السماع أيضا حديث أبى سعيد الخدرى قال أجيح رجل فى ثمار ابتاعها وكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا عليه فتصدق عليه فلم يبلغ وفاء دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خذوا ماوجدتم وليس لكم الا ذلك قالوا فلم يحكم بالجائحة ✿ فسبب الخلاف في هذه المسئلة هو تعارض الآثار فيها وتعارض مقاييس الشبه وقد رام كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذى هو الاصل عنده بالتأويل فقال من منع الجائحة يشبه أن يكون الامر بها انما ورد قبل النهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها قالوا ويشهد لذلك انه لما كثر شكواهم بالجوائح أمروا أن لايبيعوا الثمر الا بعد ان يبدو صلاحه وذلك في حديث زيد بن ثابت المشهور وقال من أجازها في حديث أبى سعيد يمكن ان يكون البائع عديما فلم يقض عليه بجائحة او أن يكون المقدار الذى أصيب من الثمر مقداراً لا يلزم فيه جائحة او ان يكون أصيب فى غير الوقت الذى تجب فيه الجائحة مثل ان يصاب بعد الجذاذ أو بعد الطيب . وأما الشافعى فروى حديث جابر عن سليمان بن عتيق عن جابر وكان يضعفه ويقول انه اضطرب

في ذكر وضع الجوائح فيه ولكنه قال ان ثبت الحديث وجب وضعها فى القليل والكثير ولا خلاف بينهم في القضاء بالجائحة بالعطش وقد جعل القائلون بها اتفاقهم في هذا حجة على اثباتها والكلام فى أصول الجوائح على مذهب مالك ينحصر فى أربعة فصول الاول في معرفة الاسباب الفاعلة للجوائح ، الثانى في محل الجوائح من المبيعات ، الثالث فيمقدار مايوضع منه فيه . فى الوقت الذى توضع فيه .

﴿الفصل الاول﴾

وأما ما أصاب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط وضده والعفن فلا خلاف في المذهب انه جائحة وأما العطش كما قلنا فلا خلاف بين الجميع انه جائحة وأما ما أصاب من صنع الآدميين فبعض من أصحاب مالك رآه جائحة وبعض لم يره جائحة والذين رأوه جائحة انقسموا قسمين فبعضهم رأى منه جائحة ما كان غالبا كالجيش ولم ير ماكان منه بمغافصة (١) جائحة مثل السرقة وبعضهم جعل كلّ ما يصيب الثمرة من جهة الآدميين جائحة بأى وجه كان فمن جعلها في الامور السماوية فقط اعتمد ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام : أرأيت ان منع الله الثمرة ومن جعلها في أفعال الآدميين شبهها بالامور السماوية ومن استثنى اللص قال يمكن أن يتحفظ منه .

﴿الفصل الثانى﴾

ومحل الجوائح هي الثمار والبقول فاما الثمار فلا خلاف فيها في المذهب . وأما البقول ففيها خلاف والاشهر فيها الجائحة وانما اختلفوا فى البقول لاختلافهم فى تشبيهها بالاصل الذى هو الثمر .

﴿الفصل الثالث﴾

وأما المقدار الذى تجب فيه الجائحة اما فى الثمار فالثلث واما فى البقول فقيل فى القليل والكثير وقيل فى الثلث وابن القاسم يعتبر ثلث الثمر بالكيل واشهب يعتبر الثلث فى القيمة فاذا ذهب من الثمر عند أشهب ماقيمته الثلث من الكيل وضع عنه الثلث من الثمن وسواء كان ثلثا فى الكيل أو لم يكن . وأما ابن القاسم فانه اذا ذهب من الثمن الثلث من الكيل فان كان نوعا واحداً ليس تختلف قيمة بطونه حط عنه من الثمن الثلث وان كان الثمر أنواعا كثيرة مختلفة القيم أو كان بطونا مختلفة القيم أيضا اعتبر قيمة ذلك

---

(١) غافصه أخذه على غرة

الثلث الذاهب من قيمة الجميع فما كان قدره حط بذلك القدر من الثمن ففى موضع يعتبر المكيلة فقط حيث تستوى القيمة فى أجزاء الثمرة وبطونها وفي موضع يعتبر الامرين جميعا حيث تختلف القيمة والمالكية يحتجون في مصيرهم الى التقدير في وضع الجوائح وإن كان الحديث الوارد فيها مطلقا بان القليل في هذا معلوم من حكم العادة أنه يخالف الكثير اذ كان معلوما ان القليل يذهب من كل ثمرة فكان المشترى دخل على هذا الشرط بالعادة وان لم يدخل بالنطق وأيضا فان الجائحة التى عاق الحكم بها تقتضى الفرق بين القليل والكثير قالوا واذا وجب الفرق وجب أن يعتبر فيه الثلث اذ قد أعتبره الشرع في مواضع كثيرة وان كان المذهب يضطرب في هذا الاصل فمرة يجعل الثلث من حيث الكثير كجعله اياه ههنا ومرة يجعله في حيز القليل ولم يضطرب فى أنه الفرق بين القليل والكثير والمقدرات يعسر اثباتها بالقياس عند جمهور الفقهاء ولذلك قال الشافعى لو قلت بالجائحة لقلت فيها بالقليل والكثير وكون الثلث فرقا بين القليل والكثير هو نص في الوصية في قوله عليه الصلاة والسلام : الثلث والثلث كثير .

(الفصل الرابع)

وأما زمان القضاء بالجائحة فاتفق المذهب على وجوبها في الزمان الذى يحتاج فيه الى تبقية الثمر على رؤس الشجر حتى يستوفي طيبه واختلفوا اذا ابقاه المشترى فى الثمار ليبيعه على النضارة وشيئا شيئا فقيل فيه الجائحة تشبيها بالزمان المتفق عليه وقيل ليس فيه جائحة تفريقا بينه وبين الزمان المتفق على وجوب القضاء بالجائحة فيه وذلك ان هذا الزمان يشبه الزمان المتفق عليه من جهة ويخالفه من جهة فمن غلب الاتفاق أوجب فيه الجائحة ومن غلب الاختلاف لم يوجب فيه جائحة أعنى من رأى ان النضارة مطلوبة بالشراء كما الطيب مطلوب قال بوجوب الجائحة فيه ومن لم ير الامر فيهما واحدا قال ليس فيه جائحة ومن ههنا اختلفوا في وجوب الجوائح في البقول .

(الجملة الثالثة من جمل النظر في الاحكام) وهو فى تابعات المبيعات ومن مسائل هذا الباب المشهورة اثنتان الاولى بيع النخل وفيها الثمر متى يتبع بيع الاصل ومتى لا يتبعه فجمهور الفقهاء على أن من باع نخلا فيها ثمر قبل أن يؤبر فان الثمر للمشترى واذا كان البيع بعد الابار فالثمر للبائع الا أن يشترطه المبتاع والثمار كلها في هذا المعنى في معنى النخيل وهذا كله لثبوت حديث ابن عمر ان رسول

الله صلى الله عليه وسلم قال من باع نخلا قد أبرت فثمرها للبائع الا أن يشترطه المبتاع قالوا فلما حكم صلى الله عليه وسلم بالثمر للبائع بعد الإبار علمنا بدليل الخطاب انها للمشترى قبل الابار بلا شرط وقال أبو حنيفة وأصحابه هي للبائع قبل الابار وبعده ولم يجعل المفهوم ههنا من باب دليل الخطاب بل من باب مفهوم الاحرى والاولى قالوا وذلك انه اذا وجبت للبائع بعد الابار فهى أحرى أن تجب له قبل الابار وشبهوا خروج الثمر بالولادة قالوا وكما أن من باع أمة لها ولد فولدها للبائع الا أن يشترطه المبتاع كذلك الامر في الثمر وقال ابن أبى ليلى سواء أبر او لم يؤبر اذا بيع الاصل فهو للمشترى اشترطها أو لم يشترطها فرد الحديث بالقياس لانه رأى أن الثمر جزء من المبيع ولامعنى لهذا القول الاان كان لم يثبت عنده الحديث . وأما أبو حنيفة فلم يرد الحديث وانما خالف مفهوم الدليل فيه ✡ فاذا سبب الخلاف فى هذه المسئلة بين أبى حنيفة والشافعى ومالك ومن قال بقولهم معارضة دليل الخطاب لدليل مفهوم الاحرى والاولى وهو الذى يسمى لحوى الخطاب لكنه ههنا ضعيف وان كان فى الاصل أقوى من دليل الخطاب . وأما سبب مخالفة ابن أبى ليلى لهم فمعارضة القياس للسماع وهو كما قلنا ضعيف والابار عند العلماء ان يجعل طلع ذكور النخل فى طلع اناثها وفى سائر الشجر أن تنور وتعقد والتذكير فى شجر التين التى تذكر فى معنى الابار وابار الزرع مختلف فيه فى المذهب فروى ابن القاسم عن مالك أن إباره ان يفرك قياسا على سائر الثمر وهل الموجب لهذا الحكم هو الابار أو وقت الابار قيل الوقت وقيل الابار وعلى هذا ينبنى الاختلاف اذا أبر بعض النخل ولم يؤبر البعض هل يتبع مالم يؤبر ما أبر أ ولا يتبعه واتفقوا فيما أحسبه على أنه اذا بيع ثمر وقد دخل وقت الابار فلم يؤبر ان حكمه حكم المؤبر.

﴿ المسئلة الثانية ﴾ وهي أختلافهم فى بيع مال العبد وذلك انهم اختلفوا فى مال العبد هل يتبعه فى البيع والعتق على ثلاثة أقوال ، أحدها أن ماله فى البيع والعتق لسيده وكذلك فى المكاتب وبه قال الشافعى والكوفيون. والثانى أن ماله تبع له فى البيع والعتق وهو قول داود وأبى ثور ، والثالث أنه تبع له فى العتق لا فى البيع الا أن يشترطه المشترى وبه قال مالك والليث فحجة من رأى أن ماله فى البيع لسيده الا أن يشترطه المبتاع حديث ابن عمر المشهور عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من باع عبدا وله مال فماله للذى باعه الا أن يشترطه المبتاع ومن جعله لسيده في العتق فقياساً على البيع وحجة من رأى أنه تبع للعبد في كل حال انبنت على كون العبد مالكا عندهم وهي مسئلة اختلف العلماء فيها اختلافا كثيراً أعنى هل يملك العبد أولا يملك ويشبه أن يكون هؤلاء انما غلبوا القياس على

السماع لان حديث ابن عمر هو حديث خالف فيه نافع سالما لان نافعا رواه عن ابن عمر عن عمر وسالم رواه عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم . وأما مالك فغلب القياس في العتق والسماع في البيع وقال مالك في الموطء الامر المجتمع عليه عندنا أن المبتاع اذ اشترط مال العبد فهو له نقدا كان أو عرضا أو دينا وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من أعتق غلاما فماله له إلا أن يستثنيه سيده ويجوز عند مالك أن يشترى العبد وما له بدراهم وان كان مال العبد دراهم أو فيه دراهم وخالفه أبو حنيفة والشافعي اذا كان مال العبد نقدا وقالوا العبد وماله بمنزلة من باع شيئين لايجوز فيهما الا ما يجوز في سائر البيوع واختلف أصحاب مالك في اشتراط المشترى لبعض مال العبد في صفة البيع فقال ابن القاسم لايجوز وقال أشهب جائز أن يشترط بعضه وفرق بعضهم فقال ان كان ما اشترى به العبد عينا وفي مال العبـد عين لم يجز ذلك لانه يدخله دراهم بعرض ودراهم وان كان ما اشترى به عروضا أولم يكن في مال العبد دراهم جاز ووجه قول ابن القاسم أنه لايجوز أن يشترط بعضه تشبيهه بثمر النخل بعد الابار ووجه قول أشهب تشبيه الجزء بالكل وفى هذا الباب مسائل مسكوت عنها كثيرة ليست مما قصدناه . ومن مشهور مسائلهم في هذا الباب الزيادة والنقصان اللذان يقعان في الثمن الذى انعقد عليـه البيع بعد البيع مما يرضى به المتبايعان أعنى أن يزيد المشترى البائع بعد البيع على الثمن الذى انعقد عليه البيع أو يحط منه البائع هل يتبع حـكم الثمن أم لا وفائدة الفرق ان من قال هي من الثمن أوجب ردها في الاستحقاق وفي الرد بالعيب وما اشبه ذلك وأيضا من جعلها في حـكم الثمن الاول ان كانت فاسدة فسد البيع ومن لم يجعلها من الثمن اعنى الزيادة لم يوجب شيئا من هـذا فذهب ابو حنيفة إلى انها من الثمن إلا انه قال لاتثبت الزيادة في حق الشفيع ولا في بيع المرابحة بل الحـكم للثمن الاول وبه قال مالك وقال الشافعي لاتلحق الزيادة والنقصان بالثمن اصلا وهو فى حكم الهبة واسـتدل من الحق الزيادة بالثمن بقوله عز وجل «ولاجناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة» قالوا واذا لحقت الزيادة في الصداق بالصداق لحقت في البيع بالثمن واحتج الفريق الثانى باتفاقهم على انها لاتلحق في الشفعة وبالجملة من رأى ان العقد الاول قد تقرر قال الزيادة هبة ومن رأى انها فسخ للعقد الاول وعقد ثان عدها من الثمن .

(الجملة الرابعة) واذا اتفق المتبايعان على البيع واختلفا فى مقدار الثمن ولم تكن هناك بينة ففقهاء الامصار متفقون على انهما يتحالفان ويتفاسخان بالجملة ومختلفون في التفصيل اعنى فى الوقت الذى يحكم فيه بالايمان والتفاسخ فقال أبو حنيفة وجماعة انهما

يتحالفان ويتفاسخان مالم تفت عين السلعة فان فاتت فالقول قول المشترى مع يمينه وقال الشافعي ومحمد بن الحسن صاحب أبى حنيفة وأشهب صاحب مالك يتحالفان فى كل وقت . وأما مالك فعنه روايتان ، احداهما انهما يتحالفان ويتفاسخان قبل القبض وبعد القبض القول قول المشترى ، والرواية الثانية مثل قول أبى حنيفة وهي رواية ابن القاسم ، والثانية رواية أشهب والفوت عنده يكون بتغير الاسواق وبزيادة المبيع ونقصانه وقال داود وأبو ثور والقول قول المشترى على كل حال وكذلك قال زفر الا أن يكونا اختلفا فى جنس الثمن فحينئذ يكون التفاسخ عندهم والتحالف ولا خلاف انهم اذا اختلفوا فى جنس الثمن أو المثمون ان الواجب هو التحالف والتفاسخ وانما صار فقهاء الامصار الى القول على الجملة بالتحالف والتفاسخ عند الاختلاف فى عدد الثمن لحديث ابن مسعود ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أيما بيعين تبايعا فالقول قول البايع أو يترادان فمن حمل هذا الحديث على وجوب التفاسخ وعمومه قال يتحالفان فى كل حال ويتفاسخان والعلة فى ذلك عنده ان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه . وأما من رأى أن الحديث انما يجب ان يحمل على الحالة التى يجب ان يتساوى فيها دعوى البايع والمشترى قال اذا قبض السلعة أو فاتت فقد صار القبض شاهداً للمشترى وشبهة لصدقه واليمين انما يجب على أقوى المتداعيين شبهة وهذا هو أصل مالك فى الايمان ولذلك يوجب فى مواضع اليمين على المدعى وفى مواضع على المدعى عليه وذلك انه لم يجب اليمين بالنص عل المدعى عليه عنده من حيث هو مدعى عليه وانما وجبت عليه من حيث هو في الا كثر أقوى شبهة فاذا كان المدعى في مواطن أقوى شبهة وجب ان يكون اليمين في حيزه . وأما من رأى القول قول المشترى فانه رأى أن البائع مقر للمشترى بالشراء أو مدعى عليه عددا ما فى الثمن وأما داود ومن قال بقوله فردوا حديث ابن مسعود لانه منقطع ولذلك لم يخرجه الشيخان البخارى ومسلم وانما خرجه مالك وعن مالك اذا نكل المتبايعان عن الايمان روايتان ، إحداهما الفسخ ، والثانية ان القول قول البايع وكذلك من يبدأ باليمين فى المذهب فيه خلاف فالا شهر البايع على ما في الحديث وهل اذا وقع التفاسخ يجوز لاحدهما ان يختار قول صاحبه فيه خلاف فى المذهب

(القسم الرابع من النظر المشترك في البيوع)

وهو النظر في حكم البيع الفاسد اذا وقع فنقول اتفق العلماء على ان البيوع الفاسدة اذا

وقعت ولم تفت باحداث عقد فيها أو نماء أو نقصان أو حوالة سوق ان حكمها الرد أعنى ان يرد البائع الثمن والمشترى المثمون واختلفوا اذا قبضت وتصرف فيها بعتق أو هبة أو بيع أو رهن أو غير ذلك من سائر التصرفات هل ذلك فوت يوجب القيمة وكذلك اذا نمت أو نقصت فقال الشافعي ليس ذلك كله فوتا ولاشبهة ملك في البيع الفاسد وان الواجب الرد وقال مالك كل ذلك فوت يوجب القيمة الاماروى عنه ابن وهب في الربا انه ليس بفوت ومثل ذلك قال أبو حنيفة. والبيوع الفاسدة عند مالك تنقسم الى محرمة والى مكروهة . فاما المحرمة فانها اذ فاتت مضيت بالقيمة . وأما المكروهة فانها اذا فاتت صحت عنده وربما صح عنده بعض البيوع الفاسدة بالقبض لخفة الكراهة عنده في ذلك فالشافعية تشبه المبيع الفاسد لمكان الربا والغرر بالفاسد لمكان تحريم عينه كبيع الخمر والخنزير فليس عندها فيه فوت ومالك يرى ان النهى في هذه الامور انما هو لمكان عدم العدل فيها أعنى بيوع الربا والغرر فاذا فاتت السلعة فالعدل فيها هو الرجوع بالقيمة لانه قد تقبض السلعة وهي تساوى ألفا وترد وهي تساوى خمسماية أو بالعكس ولذلك يرى مالك حوالة الاسواق فوتا في المبيع الفاسد ومالك يرى في البيع والسلف انه اذا فات وكان البايع هو المسلف رد المشترى القيمة مالم تكن أزيد من الثمن لان المشترى قد رفع له في الثمن لمكان السلف فليس من العدل ان يرد أكثر من ذلك وان كان المشترى هو الذى أسلف البايع فقد حط البائع عنه من الثمن لمكان السلف فاذا وجبت على المشترى القيمة ردها مالم تكن أقل من الثمن لان هذه البيوع انما وقع المنع فيها لمكان ماجعل فيها من العوض مقابل السلف الذى هو موضوع لعون الناس بعضهم لبعض ومالك فى هذه المسئلة افقه من الجميع واختلفوا اذا ترك الشرط قبل القبض أعنى شرط السلف هل يصح البيع أم لا فقال أبو حنيفة والشافعي وسائر العلماء البيع مفسوخ وقال مالك وأصحابه البيع غير مفسوخ الا ابن عبد الحكم قال البيع مفسوخ وقد روى عن مالك مثل قول الجمهور وحجة الجمهور ان النهى يتضمن فساد المنهى فاذا انعقد البيع فاسداً لم يصححه بعد رفع الشرط الذى من قبله وقع الفساد كما ان رفع السبب المفسد فى المحسوسات بعد فساد الشيء ليس يقتضى عودة الشيء الى ما كان عليه قبل الفساد من الوجود فاعلمه وروى أن محمد بن أحمد ابن سهل البرمكى سأل عن هذه المسئلة اسماعيل بن اسحاق المالكى فقال له مالفرق بين السلف والبيع وبين رجل باع غلاماً بماية دينار وزق خمر فلما انعقد البيع بينهما قال أنا أدع الزق وهذا المبيع مفسوخ عند العلماء باجماع فوجب ان يكون بيع السلف كذلك فجاوب عن ذلك بجواب لايقوم به حجة وقد تقدم القول فى ذلك واذ قد انقضى القول

فى أصول البيوع الفاسدة وأصول البيوع الصحيحة وفى أصول أحكام البيوع الصحيحة وأصول أحكام الفاسدة المشتركة العامة لجميع البيوع أولكثيرمنها فلنصر الى ما يخص واحداً واحداً من هذه الاربعة الاجناس وذلك بان نذكر منها ما يجرى مجرى الاصول .

كتاب الصرف

ولما كان يخص هذا البيع شرطان ، أحدهما عدم النسيئة وهو الفور ، والآخر عدم التفاضل وهو اشتراط المثلية كان النظر في هذا الكتاب ينحصر في خمسة أجناس، الاول في معرفة ما هو نسيئة مما ليس بنسيئة ، الثانى في معرفة ماهو مماثل مماليس بمماثل اذ هذان القسمان ينقسمان بفصول كثيرة فيعرض هنالك الخلاف ، الثالث فيما وقع أيضا من هذا البيع بصورة مختلف فيها هل هو ذريعة الى أحد هذين أعنى الزيادة والنسيئة أو كليهما عند من قال بالذرائع وهو مالك وأصحابه وهذا انقسم أيضا الى نوعين كانقسام أصله ، الرابع في خصائص أحكام هذا البيع من جهة ما يعتبر فيه هذان الشرطان أعنى عدم النساء والتفاضل أو كليهما وذلك أنه يخالف هذا البيع البيوع لمكان هذين الشرطين فيه في أحكام كثيرة وأنت اذا تأملت الكتب الموضوعة في فروع الكتاب الذى يرسمونه بكتاب الصرف وجدتها كلها راجعة الى هذه الاجناس الخمسة او الى ما تركب منها ما عدا المسائل التى يدخلون في الكتاب الواحد بعينه مما ليس هو من ذلك الكتاب مثل ادخال المالكية فى كتاب الصرف مسائل كثيرة هي من باب الاقتضاء في السلف لكن لما كان الفاسد منها يؤل الى أحد هذين الاصلين أعنى الى صرف بنسيئة أو بتفاضل أدخلوها في هذا الكتاب مثل مسائلهم في اقتضاء القائمة والمجموعة والفرادى بعضها من بعض لكن لما كان قصدنا انما هو ذكر المسائل التى هى منطوق بها في الشرع أو قريب من المنطوق بها رأينا أن نذكر في هذا الكتاب سبع مسائل مشهورة تجرى مجرى الاصول لما يطرأ على المجتهد من مسائل هذا الباب فان هذا الكتاب انما وضعناه ليبلغ به المجتهد فى هذه الصناعة رتبة الاجتهاد اذا حصل مايجب له ان يحصل قبله من القدر الكافي له في علم النحو واللغة وصناعة أصول الفقه ويكفى من ذلك ماهو مسا وللجرم هذا الكتاب أو أقل وبهذه الرتبة يسمى فقيها لابحفظ

مسائل الفقه ولو بلغت في العدد ، وهي ما يمكن أن يحفظه انسان كما نجد متفقهة زماننا يظنون أن الافقه هو الذي حفظ مسائل أكثر وهؤلاء عرض لهم شبيه مايعرض لمن ظن أن الخفاف هو الذي عنده خفاف كثيرة لا الذي يقدر على عملها وهو بين ان الذي عنده خفاف كثيرة سيأتيه انسان بقدم لا يجد في خفافه مايصلح لقدمه فيلجأ الى صانع الخفاف ضرورة وهو الذي يصنع لكل قدم خفا يوافقه فهذا هو مثال أكثر المتفقهة في هذا الوقت واذ قد خرجنا عما كنا بسبيله فلنرجع الى حيث كنا من ذكر المسائل التي وعدنا بها .

(المسألة الاولى) أجمع العلماء على أن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة لايجوز الا مثلا بمثل يدا بيد الا ماروى عن ابن عباس ومن تبعه من المكيين فانهم أجازوا بيعه متفاضلا ومنعوه نسيئة فقط وانما صار ابن عباس لذلك لما رواه عن اسامة بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لاربا الا في النسيئة وهو حديث صحيح فأخذ ابن عباس بظاهر هذا الحديث فلم يجعل الربا الا في النسيئة . واما الجمهور فصاروا الى مارواه مالك عن نافع عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لاتبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض ولاتبيعوا الفضة بالفضة الا مثلا بمثل ولاتشفوا بعضها على بعض ولاتبيعوا منها شيئاً غائبا بناجز وهومن أصح ماروى في هذا الباب وحديث عبادة بن الصامت حديث صحيح أيضا في هذا الباب فصار الجمهور الى هذه الاحاديث اذ كانت نصا في ذلك . وأما حديث ابن عباس فانه ليس بنص في ذلك لانه روى فيه لفظان ، أحدهما أنه قال انما الربا في النسيئة وهذا ليس يفهم منه اجازة التفاضل الا من باب دليل الخطاب وهو ضعيف ولاسيما اذا عارضه النص وأما اللفظ الآخر وهو لاربا الا في النسيئة فهو أقوى من هذا اللفظ لان ظاهره يقتضي أن ماعدا النسيئة فليس بربا لكن يحتمل ان يريد بقوله لاربا الا في النسيئة من جهة انه الواقع في الاكثر واذا كان هذا محتملا والاول نص وجب تأويله على الجهة التي يصح الجمع بينهما وأجمع الجمهور على ان مسكوكه وتبره ومصوغه سواء في منع بيع بعضه ببعض متفاضلا لعموم الاحاديث المتقدمة في ذلك الا معاوية فانه كان يجيز التفاضل بين التبر والمصوغ لمكان زيادة الصياغة والا ماروى عن مالك انه سئل عن الرجل يأتي دار الضرب بورقه فيعطيهم أجرة الضرب ويأخذ منهم دنانير ودراهم وزن ورقه أو دراهمه فقال اذا كان ذلك لضرورة خروج الرفقة ونحو ذلك فارجوا أن لايكون به باس وبه قال ابن القاسم من أصحابه وأنكر ذلك ابن وهب من أصحابه وعيسى بن دينار وجمهور

العلماء وأجاز مالك بدل الدينار الناقص بالوزن أو بالدينارين على اختلاف بين أصحابه في العدد الذي يجوز فيه ذلك من الذي لايجوز على جهة المعروف .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء في السيف والمصحف المحلى يباع بالفضة وفيه حلية فضة أو بالذهب وفيه حلية ذهب فقال الشافعي لايجوز ذلك لجهل المماثلة المشترطة في بيع الفضة بالفضة في ذلك والذهب بالذهب وقال مالك ان كان قيمة مافيه من الذهب أو الفضة الثلث فاقل جاز بيعه أعني بالفضة ان كانت حليته فضة أو بالذهب ان كانت حليته ذهبا والا لم يجز وكانه رأى أنه اذا كانت الفضة قليلة لم تكن مقصودة في البيع وصارت كانها هبة وقال أبو حنيفة وأصحابه لاباس ببيع السيف المحلى بالفضة اذا كانت الفضة أكثر من الفضة التي في السيف وكذلك الامر في بيع السيف المحلى بالذهب لانهم رأوا أن الفضة التي فيه أو الذهب يقابل مثله من الذهب أو الفضة المشتراة به ويبقى الفضل قيمة السيف وحجة الشافعي عموم الاحاديث والنص الوارد في ذلك من حديث فضالة بن عبد الله الانصاري أنه قال أتي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بخيبر بقلادة فيها ذهب وخرز وهي من المغانم تباع فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالذهب الذي في القلادة ينزع وحده ثم قال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الذهب بالذهب وزنا بوزن خرجه مسلم . وأما معاوية كما قلنا فاجاز ذلك على الاطلاق وقد أنكره عليه أبو سعيد وقال لاأسكن في أرض أنت فيها لما رواه من الحديث.

(المسئلة الثالثة) اتفق العلماء على أن من شرط الصرف ان يقع ناجزا واختلفوا في الزمان الذي يحد هذا المعنى فقال أبو حنيفة والشافعي الصرف يقع ناجزا مالم يفترق المتصارفان تعجل أو تاخر القبض وقال مالك ان تاخر القبض في المجلس بطل الصرف وان لم يفترقا حتى كره المواعدة فيه * وسبب الخلاف ترددهم في مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : الاهاء وهاء وذلك ان هذا يختلف بالاقل والاكثر فمن رأى أن هذا اللفظ صالح لمن يفترق من المجلس اعني انه يطلق عليه انه باع هاء وهاء قال لايجوز التاخير في المجلس ومن رأى أن اللفظ لايصح الا اذا وقع القبض من المتصارفين على الفور قال ان تاخر القبض على العقد في المجلس بطل الصرف ولاتفاقهم على هذا المعنى لم يجز عندهم في الصرف حوالة ولا حمالة ولا خيار الا ما حكى عن أبي ثور أنه أجاز فيه الخيار واختلف في المذهب في التأخير الذي يغلب عليه المتصارفان أو أحدهما فمرة قيل فيه أنه مثل الذي يقع بالاختيار ومرة قيل انه ليس كذلك في تفاصيل لهم في ذلك ليس قصدنا ذكرها في هذا الكتاب .

(المسئلة الرابعة) اختلف العلماء فيمن اصطرف دراهم بدنانير ثم وجد فيها

درهما زائفا فأراد رده فقال مالك ينتقض الصرف وان كانت دنانير كثيرة انتقض منها دينار للدرهم فما فوقه الى صرف دينار فان زاد درهم على دينار انتقض منها دينار آخر وهكذا ما بينه وبين ان ينتهى الى صرف دينار قال وان رضى بالدرهم الزائف لم يبطل من الصرف شيء، وقال أبو حنيفة لا يبطل الصرف بالدرهم الزائف ويجوز تبديله الا أن تكون الزيوف نصف الدراهم او اكثر فان ردها بطل الصرف في المردود وقال الثورى اذا رد الزيوف كان مخيراً أن شاء أبد لها أو يكون شريكا له بقدر ذلك في الدنانير اعنى لصاحب الدنانير وقال أحمد لا يبطل الصرف بالرد قليلا كان أو كثيراً وابن وهب من أصحاب مالك يجيز البدل في الصرف وهو مبنى على أن الغلبة على النظرة في الصرف ليس لها تأثير ولا سيما فى البعض وهو احسن وعن الشافعى في بطلان الصرف بالزيوف قولان فيتحصل لفقهاء الامصار في هذه المسئلة اربعة أقوال ، قول بابطال الصرف مطلقا عند الرد ، وقول باثبات الصرف ووجوب البدل وقول بالفرق بين القليل والكثير، وقول بالتخيير بين بدل الزائف أو يكون شريكا له ✡ وسبب الخلاف في هذا كله هل الغلبة على التأخير في الصرف مؤثرة فيه أو غير مؤثرة وان كانت مؤثرة فهل هي مؤثرة في القليل أو في الكثير .واما وجود النقصان فان المذهب اضطرب فيه فمرة قال فيه انه ان رضى بالنقصان جاز الصرف وان طلب البدل انتقض الصرف قياسا على الزيوف ومرة قال يبطل الصرف وان رضى به وهو ضعيف .واختلفوا أيضاً اذا قبض الصرف وتأخر بعضه اعنى هل يبطل الصرف المنعقد على التناجز فقط فقيل يبطل الصرف كله وبه قال الشافعى وقيل يبطل منه المتاخر فقط وبه قال ابو حنيفة ومحمد وابو يوسف والقولان في المذهب ومبنى الخلاف في الصفقة الواحدة يخالطها حرام وحلال هل تبطل الصفقة كلها او الحرام منها فقط .

(المسئلة الخامسة) أجمع العلماء على ان المراطلة جائزة في الذهب بالذهب وفي الفضة بالفضة وان اختلف العدد لاتفاق الوزن وذلك إذا كانت صفة الذهبين واحدة واختلفوا في المراطلة في موضعين ، أحدهما ان تختلف صفة الذهبين ،والثانى ان ينقص أحد الذهبين عن الآخر فيريد الآخران يزيد بذلك عرضا أو دراهم ان كانت المراطلة بذهب أو ذهبا ان كانت المراطلة بدراهم . فذهب مالك أما فى الموضع الاول وهو ان يختلف جنس المراطل بهما في الجودة والرداءة انه متى راطل أحدهما بصنف من الذهب الواحد واخرج الآخر ذهبين احدهما اجود من ذلك الصنف الواحد والآخر اردأ فان ذلك عنده لايجوز وان كان الصنف الواحد من الذهبين اعنى الذى اخرجه وحده أجود من الذهبين المختلفين الذين أخرجهما الآخر أو اردأ

منهما معا اومثل أحدهما وأجود من الثانى جازت المراطلة عنده وقال الشافعى اذا اختلف الذهبان فلا يجوز ذلك وقال أبو حنيفة وجميع الكوفيين والبصريين يجوز جميع ذلك وعمدة مذهب مالك في منعه ذلك الاتهام وهومصير الى القول بسد الذرائع وذلك انه يتهم ان يكون المراطل انما قصد بذلك بيع الذهبين متفاضلا فكانه أعطى جزء من الوسط بأكثر منه من الارد أو باقل منه من الاعلى فيتذرع من ذلك الى بيع الذهب بالذهب متفاضلا مثال ذلك ان انسانا قال لآخر خذمنى خمسة وعشرين مثقالا وسطا بعشرين من الاعلى فقال لايجوز هذا لنا ولكن أعطيك عشرين من الاعلى وعشرة أدنى من ذهبك وتعطينى أنت ثلاثين من الوسط فتكون العشرة الادنى يقابلها خمسة من ذهبك ويقابل العشرين من ذهبي الوسط العشرين من ذهبك الاعلى وعمدة الشافعى اعتبار التفاضل الموجود في القيمة وعمدة أبى حنيفة اعتبار وجود الوزن من الذهبين ورد القول بسد الذرائع ومثل اختلافهم في المصارفة التى تكون بالمراطلة اختلفوا في هذا الموضع في المصارفة التى تكون بالعدد أعنى اذا اختلفت جودة الذهبين أو الاذهاب وأما اختلافهم اذا نقصت المراطلة فاراد أحدهما ان يزيد شيئا آخر مما فيه الربا أو مما لاربا فيه فقريب من هذا الاختلاف مثل ان يراطل أحدهما صاحبه ذهبا بذهب فينقص أحد الذهبين عن الآخر فيريد الذى نقص ذهبه ان يعطى عوض الناقص دراهم أو عرضا فقال مالك والشافعى والليث ان ذلك لايجوز والمراطلة فاسدة وأجاز ذلك كله أبو حنيفة والكوفيون وعمدة الحنفية تقدير وجود المماثلة من الذهبين وبقاء الفضل مقابل العرض وعمدة مالك التهمة في ان يقصد بذلك بيع الذهب بالذهب متفاضلا وعمدة الشافعى عدم المماثلة بالكيل أو الوزن أو العدد الذى بالفضل ومثل هذا يختلفون اذا كانت المصارفة بالعدد .

(المسئلة السادسة) واختلفوا في الرجلين يكون لاحدهما على صاحبه دنانير وللآخر عليه دراهم هل يجوز ان يتصارفاها وهي في الذمة فقال مالك ذلك جائز اذا كانا قد حلا معا وقال أبو حنيفة يجوز في الحال وفي غير الحال وقال الشافعى والليث لايجوز ذلك حلا أولم يحلا وحجة من لم يجزه انه غائب بغائب واذا لم يجز غائب بناجز كان أحرى أن لايجوز غائب بغائب . وأما مالك فاقام حلول الاجلين في ذلك مقام الناجز بالناجز وانما اشترط ان يكونا حالين معا لئلا يكون ذلك من بيع الدين بالدين ويقول الشافعى قال ابن وهب وابن كنانة من أصحاب مالك وقريب من هذا اختلافهم في جواز الصرف على ماليس عندهما اذا دفعه أحدهما الى صاحبه قبل الافتراق مثل ان يستقرضاه في المجلس فتقابضاه قبل الافتراق فاجاز ذلك الشافعى وأبو حنيفة وكرهه ابن القاسم من الطرفين واستخفه من

الطرف الواحد أعني اذا كان أحدهما هو المستقرض فقط وقال زفر لا يجوز ذلك الا أن يكون من طرف واحد . ومن هذا الباب اختلافهم في الرجل يكون له على الرجل دراهم الى أجل هل يأخذ فيها اذا حل الاجل ذهبا أو بالعكس فذهب مالك الى جواز ذلك اذا كان القبض قبل الافتراق وبه قال أبو حنيفة الا أنه أجاز ذلك وان لم يحل الاجل ولم يجز ذلك جماعة من العلماء سواء كان الاجل حالا أو لم يكن وهو قول ابن عباس وابن مسعود وحجة من أجاز ذلك حديث ابن عمر قال كنت أبيع الابل بالبقيع أبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير فسألت عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لا بأس بذلك اذا كان بسعر يومه خرجه أبو داود وحجة من لم يجزه ما جاء في حديث أبي سعيد وغيره : ولا تبيعوا منها غائبا بناجز .

(المسئلة الرابعة) اختلف فى البيع والصرف في مذهب مالك فقال انه لا يجوز الا أن يكون أحدهما الا كثر والآخر تبع لصاحبه وسواء كان الصرف في دينار واحد أو في دنانير وقيل إن كان الصرف في دينار واحد جاز كيفما وقع وان كان في أكثر اعتبر كون أحدهما تابعا للآخر فى الجواز فان كانا معاً مقصودين لم يجز وأجاز أشهب الصرف والبيع وهو أجود لانه ليس فى ذلك ما يؤدى الى ربا ولا الى غرر .

(كتاب السلم)

وفي هذا الكتاب ثلاثة أبواب ، الباب الاول في محله وشروطه ، الباب الثانى فيما يجوز أن يقتضى من المسلم اليه بدل ما انعقد عليه السلم وما يعرض في ذلك من الاقالة والتعجيل والتأخير ، الباب الثالث في اختلافهما في السلم :

(الباب الاول) أما محله فانهم أجمعوا على جوازه في كل ما يكال أو يوزن لما ثبت من حديث ابن عباس المشهور قال قدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلمون في التمر السنتين والثلاث فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من سلف فليسلف في ثمن معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم واتفقوا على امتناعه فيما لا يثبت فى الذمة وهي الدور والعقار وأما سائر ذلك من العروض والحيوان فاختلفوا فيها فمنع ذلك

داود وطائفة من أهل الظاهر مصيرا الى ظاهر هذا الحديث والجمهور على أنه جائز فى العروض التى تنضبط بالصفة والعدد . واختلفوا من ذلك فيما ينضبط مما لا ينضبط بالصفة فمن ذلك الحيوان والرقيق فذهب مالك والشافعى والاوزاعى والليث الى أن السلم فيهما جائز وهو قول ابن عمر من الصحابة وقال أبو حنيفة والثورى وأهل العراق لايجوز السلم في الحيوان وهو قول ابن مسعود وعن عمر في ذلك قولان وعمدة أهل العراق فى ذلك ماروى عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف في الحيوان وهذا الحديث ضعيف عند الفريق الاول وربما احتجوا أيضا بنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وعمدة من اجاز السلم في الحيوان ماروى عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أمره أن يجهز جيشا فنفدت الابل فامره أن يأخذ على قلاص الصدقة فأخذ البعير بالبعيرين الى إبل الصدقة وحديث أبى رافع أيضا أن النبى صلى الله عليه وسلم استسلف بكرا قالوا وهذا كله يدل على ثبوته في الذمة ✡ فسبب اختلافهم شيئان ، أحدهما تعارض الآثار في هذا المعنى ، والثانى تردد الحيوان بين ان ينضبط بالصفة اولا ينضبط فمن نظر الى تباين الحيوان فى الخلق والصفات وبخاصة صفات النفس قال لا ينضبط ومن نظر الى تشابهها قال تنضبط ومنها اختلافهم في البيض والدر وغير ذلك فلم يجز أبو حنيفة السلم في البيض وأجازه مالك بالعدد وكذلك في اللحم أجازه مالك والشافعى ومنعه أبو حنيفة وكذلك السلم في الرؤس والاكارع أجازه مالك ومنعه أبو حنيفة واختلف في ذلك قول الشافعى وكذلك السلم في الدر والفصوص أجازه مالك ومنعه الشافعى وقصدنا من هذه المسائل انما هو الاصول الضابطة للشريعة لااحصاء الفروع لان ذلك غير منحصر .

(وأما شروطه) فمنها مجمع عليها ومنها مختلف فيها فاما المجمع عليها فهى ستة منها أن يكون الثمن والمثمون مما يجوز فيه النساء وامتناعه فيما لايجوز فيه النساء وذلك إما اتفاق المنافع على مايراه مالك رحمه الله وإما اتفاق الجنس على مايراه أبو حنيفة وأما اعتبار الطعم مع الجنس على مايراه الشافعى في علة النساء ومنها أن يكون مقدراً إما بالكيل أو بالوزن أو العدد ان كان مما شأنه أن يلحقه التقدير أو منضبط بالصفة ان كان مما المقصود منه الصفة ومنها أن أيكون موجوداً عند حلول الاجل ومنها أن يكون الثمن غير مؤجل أجلا بعيداً لئلا يكون من باب الكالئ بالكالئ هذا في الجملة واختلفوا فى اشتراط اليومين والثلاثة في تأخير نقد الثمن بعد اتفاقهم على أنه لا يجوز في المدة الكثيرة ولا مطلقا فاجاز مالك اشتراط تأخير اليومين والثلاثة وكذلك أجاز تأخيره بلا

شرط وذهب أبو حنيفة والشافعى الى أن من شرطه التقابض في المجلس كالصرف فهذه ستة متفق عليها . واختلفوا في أربعة أحدها الاجل هل هو شرط فيه أم لا ، والثانى هل من شرطه أن يكون جنس المسلم فيه موجوداً في حال عقد السلم أم لا ، والثالث اشتراط مكان دفع السلم فيه ، والرابع أن يكون الثمن مقدراً اما مكيلا واما موزونا واما معدودا وأن لا يكون جزافا فاما الاجل فان أبا حنيفة هو عنده شرط صحة بلا خلاف عنه في ذلك وأما مالك فالظاهر من مذهبه والمشهور عنه أنه من شرط السلم وقد قيل أنه يتخرج من بعض الروايات عنه جواز السلم الحال وأما اللخمى فانه فصل الامر في ذلك فقال ان السلم في المذهب يكون على ضربين سلم حال وهو الذى يكون ممن شانه بيع تلك السلعة ، وسلم مؤجل وهو الذى يكون ممن ليس من شأنه بيع تلك السلعة وعمدة من اشترط الاجل شيئان ظاهر حديث ابن عباس والثانى أنه اذا لم يشترط فيه الاجل كان من باب بيع ما ليس عند البائع المنهى عنه وعمدة الشافعى انه اذا جاز مع الاجل فهو حالا أجوز لانه أقل غرراً وربما استدلت الشافعية بما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم : اشترى جملا من اعرابى بوسق تمر فلما دخل البيت لم يجد التمر فاستقرض النبى صلى الله عليه وسلم تمراً وأعطاه اياه قالوا فهذا هو شراء حال بتمر في الذمة وللمالكية من طريق المعنى أن السلم انما جوز لموضع الارتفاق ولان المسلف يرغب فى تقديم الثمن لاسترخاص المسلم فيه والمسلم اليه يرغب فيه لموضع النسيئة واذا لم يشترط الاجل زال هذا المعنى واختلفوا في الاجل في موضعين ، أحدهما هل يقدر بغير الايام والشهور مثل الجذاذ والقطاف والحصاد والموسم ، والثانى في مقداره من الايام وتحصيل مذهب مالك فى مقداره من الايام أن المسلم فيه على ضربين ضرب يقتضى ببلد المسلم فيه. وضرب يقتضى بغير البلد الذى وقع فيه السلم فان اقتضاه فى البلد المسلم فيه فقال ابن القاسم أن المعتبر فى ذلك أجل تختلف فيه الاسواق وذلك خمسة عشر يوماً أونحوها وروى ابن وهب عن مالك انه يجوز لليومين والثلاثة وقال ابن عبد الحكم لا بأس به الى اليوم الواحد وأما ما يقتضى ببلد آخر فان الاجل عندهم فيه هو قطع المسافة التى بين البلدين قلت أو كثرت وقال أبو حنيفة لا يكون أقل من ثلاثة أيام فمن جعل الاجل شرطا غير معلل اشترط منه أقل ما ينطلق عليها الاسم ومن جعله شرطا معللا باختلاف الاسواق اشترط من الايام ما تختلف فيه الاسواق غالبا وأما الاجل الى الجذاذ والحصاد وما أشبه ذلك فأجازه مالك ومنعه أبو حنيفة والشافعى فمن رأى أن الاختلاف الذى يكون في أمثال هذه الآجال يسير اجاز ذلك إذ الغرر

اليسير معفوعنه في الشرع وشبهه بالاختلاف الذي يكون في الشهور من قبل الزيادة والنقصان ومن رأى أنه كثر وانما كثر من الاختلاف الذي يكون من قبل نقصان الشهور وكمالها لم يجزه وأما اختلافهم في هل من شرط السلم أن يكون جنس المسلم فيه موجودا في حين عقد السلم فان مالكا والشافعي وأحمد واسحق وأبا ثور لم يشترطوا ذلك وقالوا يجوز السلم في غير وقت ابانه وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والاوزاعي لا يجوز السلم الا في ابان الشيء المسلم فيه فحجة من لم يشترط الابان ما ورد في حديث ابن عباس ان الناس كانوا يسلمون في التمر السنتين والثلاث فاقر ذلك ولم ينهو عنه وعمدة الحنفية ما روى من حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال . لاتسلموا في النخل حتى يبدو صلاحها وكانهم رأوا أن الغرر يكون فيه أكثر اذا لم يكن موجودا في حال العقد وكانه يشبه بيع ما لم يخلق أكثر وان كان ذلك معينا وهذا في الذمة وبهذا فارق السلم بيع فالم يخلق .

(وأما الشرط الثالث) وهو مكان القبض فان أبا حنيفة اشترطه تشبيها بالزمان ولم يشترطه غيره وهم الا كثر وقال القاضي أبو محمد الافضل اشتراطه وقال ابن المواز ليس يحتاج الى ذلك .

(وأما الشرط الرابع) وهو أن يكون الثمن مقدراً مكيلا أو موزونا أو معدودا أو مذروعا لا جزافا فاشترط ذلك أبوحنيفة ولم يشترطه الشافعي ولا صاحبا أبي حنيفة أبو يوسف ومحمد قالوا وليس يحفظ عن مالك في ذلك نص الا أنه يجوز عنده بيع الجزاف الا فيما يعظم الغرر فيه على ما تقدم من مذهبه وينبغي أن تعلم ان التقدير في السلم يكون بالوزن فيما يمكن فيه الوزن وبالكيل فيما يمكن فيه الكيل وبالذرع فيما يمكن فيه الذرع وبالعدد فيما يمكن فيه العدد وان لم يمكن فيه أحد هذه التقديرات انضبط بالصفات المقصودة من الجنس مع ذكر الجنس ان كان انواعا مختلفة أو مع تركه ان كان نوعا واحدا ولم يختلفوا ان السلم لايكون الا في الذمة وأنه لايكون الا في معين وأجاز مالك السلم في قرية معينة اذا كانت مأمونة وكانه رآها مثل الذمة .

(الباب الثاني)

وفي الباب فروع كثيرة لكن نذكر منها المشهور

(مسئلة) اختلف العلماء فيمن أسلم في شيء من الثمر فلما حل الاجل تعذر تسليمه حتى عدم ذلك المسلم فيه وخرج زمانه فقال الجمهور اذا وقع ذلك كان المسلم

بالخيار بين أن ياخذ الثمن أو يصبر الى العام القابل وبه قال الشافعي وابو حنيفة وابن القاسم وحجتهم أن العقد وقع على موصوف في الذمة فهو باق على أصله وليس من شرط جوازه أن يكون من ثمار هذه السنة وانما هو شيء شرطه المسلم فهو في ذلك بالخيار وقال أشهب من أصحاب مالك ينفسخ السلم ضرورة ولا يجوز التأخير وكانه رآه من باب الكالىء بالكالىء وقال سحنون ليس له أخـذ الثمن وانما له أن يصبر الى القابل واضطرب قول مالك في هذا والمعتمد عليه في هذه المسئلة مارواه أبوحنيفة والشافعي وابن القاسم وهو الذى اختاره أبو بكر الطرطوشي والكالىء بالكالىء المنهى عنه انما هو المقصود لا الذى يدخل اضطراراً .

(مسئلة) اختلاف العلماء في بيع المسلم فيه اذا حان الاجل من المسلم اليه قبل قبضه فمن العلماء من لم يجز ذلك أصلا وهم القائلون بان كل شيء لايجوز بيعه قبل قبضه وبه قال أبو حنيفة وأحمد واسحاق وتمسك أحمد واسحاق في منع هذا بحديث عطية العوفي عن أبى سعيد الخدرى قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم . من أسلم في شيء فلا يصرفه فى غيره . وأما مالك فانه منع شراء المسلم المسلم فيه قبل قبضه فى موضعين ، احدهما اذا كان المسلم فيه طعاما وذلك بناء على مذهبه فى ان الذى يشترط فى بيعه القبض هو الطعام على ماجاء عليه النص فى الحديث ؛ والثانى اذا لم يكن المسلم فيه طعاما فأخذ عوضه المسلم مالا يجوز ان يسلم فيه رأس ماله مثل ان يكون المسلم فيه عرضا والثمن عرضا مخالفا له فيأخذ المسلم من المسلم اليه اذا حان الأجل شيئا من جنس ذلك العرض الذى هو الثمن وذلك ان هذا يدخله اما سلف وزيادة ان كان العرض المأخوذ أكثر من رأس مال السلم واما ضمان وسلف ان كان مثله أو أقل وكذلك ان كان رأس مال السلم طعاما لم يجز أن يأخذ فيه طعاما آخر أكثر منه لامن جنسه ولا من غير جنسه فان كان مثل طعامه فى الجنس والكيل والصفة فيما حكاه عبد الوهاب جاز لانه يحمله على العروض وكذلك يجوز عنده أن يأخذ من الطعام المسلم فيـه طعاما من صفته وان أقل جودة لانه عنده من باب البدل فى الدنانير والاحسان مثل ان يكون له عليه قمح فيأخذ بمكيلته شعيرا وهذا كله من شرطه عند مالك أن لا يتأخر القبض لانه يدخله الدين بالدين وان كان رأس مال السلم عينا وأخذ المسلم فيه عينا من جنسه جاز مالم يكن أكثر منه ولم يتهمه على بيع العين بالعين نسيئة اذا كان مثـله او أقل وان أخذ دراهم فى دنانير لم يتهمه على الصرف المتأخر وكذلك ان أخذ فيه دنانير من غير صنف الدنانير التى هى رأس مال السـلم وأما بيع السلم من غير المسلم اليـه فيجوز بكل شيء يجوز به التبايع مالم يكن طعاما لانه يدخـله بيع الطعام قبل قبضه

وأما الاقالة فمن شرطها عند مالك أن لا يدخلها زيادة ولا نقصان فان دخلها زيادة أو نقصان كان بيعا من البيوع ودخلها ما يدخل البيوع أعنى أنها تفسد عنده بما يفسد بيوع الاجال مثل أن يتذرع الى بيع وسلف او الى ضع وتعجل أو الى بيع السلم بما لا يجوز بيعه مثال ذلك في دخول بيع وسلف به اذا حل الاجل فأقاله على أن أخذ البعض وأقال من البعض فانه لا يجوز عنده فانه يدخله التذرع الى بيع وسلف وذلك جائز عند الشافعى وأبى حنيفة لانهما لا يقولان بتحريم بيوع الذرائع.

(مسئلة) اختلف العلماء في الشراء برأس مال السلم من المسلم اليه شيئا بعد الاقالة بما لا يجوز قبل الاقالة فمن العلماء من لم يجزه أصلا ورأى أن الاقالة ذريعة الى أن يجوز من ذلك مالا يجوز وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك وأصحابه الا أن عند أبى حنيفة لا يجوز على الاطلاق اذ كان لا يجوز عنده بيع المسلم فيه قبل القبض على الاطلاق ومالك يمنع ذلك في المواضع التى يمنع بيع المسلم فيه قبل القبض على ما فصلناه قبل هذا من مذهبه ومن العلماء من أجازه وبه قال الشافعى والثورى وحجتهم أن بالاقالة قد ملك رأس ماله فاذا ملكه جاز له أن يشترى به ما أحب والظن الردىء بالمسلمين غير جائز قال وأما حديث أبى سعيد فانه انما وقع النهى فيه قبل الاقالة .

(مسئلة) اختلفوا اذا ندم المبتاع في السلم فقال للبائع أقلنى وأنظرك بالثمن الذى دفعت اليك فقال مالك وطائفة ذلك لا يجوز وقال قوم يجوز واصل مالك في ذلك مخافة أن يكون المشترى لما حل له الطعام على البائع أخره عنه على أن يقيله فكان ذلك من باب بيع الطعام الى أجل قبل أن يستوفي وقوم اعتلوا لمنع ذلك بأنه من باب فسخ الدين بالدين والذين رأوه جائزاً رأوا أنه من باب المعروف والاحسان الذى أمر الله تعالى به . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من أقال مسلما صفقته أقال الله عثرته يوم القيامة ومن أنظر معسراً أظله الله في ظله يوم لا ظل الا ظله.

(مسئلة) أجمع العلماء على أنه اذا كان لرجل على رجل دراهم أو دنانير الى أجل فدفعها اليه عند محل الاجل وبعده فانه يلزمه أخذها . واختلفوا في العروض المؤجلة من السلم وغيره فقال مالك والجمهور ان أتى بها قبل محل الاجل لم يلزم أخذها وقال الشافعى ان كان مما لا يتغير ولا يقصد به النظارة لزمه أخذه كالنحاس والحديد وان كان مما يقصد به النظارة كالفواكه لم يلزمه وأما اذا أتى به بعد محل الاجل

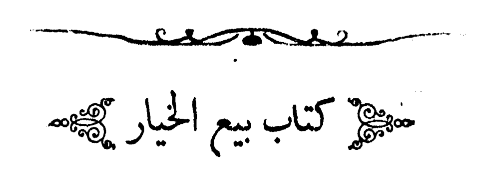
فاختلف في ذلك أصحاب مالك فروى عنه أنه يلزمه قبضه مثل أن يسلم في قطائف الشتاء فيأتي بها في الصيف فقال ابن وهب وجماعة لا يلزمه ذلك وحجة الجمهور في أنه لا يلزمه قبض العروض قبل محل الاجل من قبل أنه من ضمانه الى الوقت المضروب الذي قصده ولما عليه من المؤنة في ذلك وليس كذلك الدنانير والدراهم اذ لا مؤنة فيها ولم يلزمه بعد الاجل فحجته أنه رأى أن المقصود من العروض أنما كان وقت الاجل لاغيره وأما من أجاز ذلك في الوجهين أعني بعد الاجل أو قبله فشبهه بالدنانير والدراهم .

(مسئلة) اختلف العلماء فيمن أسلم الى آخر أو باع منه طعاما على مكيلة ما فاخبر البائع أو المسلم اليه المشتري بكيل الطعام هل للمشتري أن يقبضه منه دون أن يكيله وأن يعمل في ذلك على تصديقه فقال مالك ذلك جائز في السلم وفي البيع بشرط النقد والا خيف أن يكون من باب الربا كانه انما صدقه في الكيل لمكان أنه أنظره بالثمن وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري والاوزاعي والليث لا يجوز ذلك حتى يكيله البائع للمشتري مرة ثانية بعد أن كاله لنفسه بحضرة البائع وحجتهم أنه لما كان ليس للمشتري أن يبيعه الا بعد أن يكيله لم يكن له أن يقبضه الا بعد أن يكيله البائع له لانه لما كان من شرط البيع الكيل فكذلك القبض واحتجوا بما جاء في الحديث أنه عليه الصلاة والسلام : نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري . واختلفوا اذا هلك الطعام في يد المشتري قبل الكيل فاختلفا في الكيل فقال الشافعي القول قول المشتري وبه قال أبو ثور وقال مالك القول قول البائع لانه قد صدقه المشتري عند قبضه اياه وهذا مبني عنده على أن البيع يجوز بنفس تصديقه .

﴿الباب الثالث في اختلاف المتبايعين في السلم﴾

والمتبايعان في السلم أما أن يختلفا في قدر الثمن أو المثمون وأما في جنسهما وأما في الاجل وأما في مكان قبض السلم . فاما اختلافهم في قدر المسلم فيه فالقول فيه قول المسلم اليه إن أتى بما يشبه والا فالقول أيضا قول المسلم ان أتى أيضا بما يشبه فان أتيا بما لا يشبه فالقياس أن يتحالفا ويتفاسخا . وأما اختلافهم في جنس المسلم فيه فالحكم في ذلك التحالف والتفاسخ مثل أن يقول أحدهما سلمت في تمر ويقول الاخر في قمح . وأما اختلافهم في الاجل فان كان في حلوله فالقول قول المسلم اليه وإن كان في قدره فالقول أيضا قول المسلم اليه الا أن يأتي بما لا يشبه مثل أن يدعى

المسلم وقت ابان المسلم فيه ويدعى المسلم اليه غير ذلك الوقت فالقول قول المسلم . وأما اختلافهم في موضع القبض فالمشهور أن من ادعى موضع عقد السلم فالقول قوله وان لم يدعه واحد منهما فالقول قول المسلم اليه وخالف سحنون في الوجه الاول فقال القول قول المسلم اليه وان ادعى القبض في موضع العقد وخالف أبو الفرج في في الموضع الثانى فقال اذا لم يدع واحد منهما موضع العقد تحالفا وتفاسخا ☆ وأما اختلافهم في الثمن فحكمه حكم اختلاف المتبايعين قبل القبض وقد تقدم ذلك .



كتاب بيع الخيار

والنظر في أصول هذا الباب أما أولا فهل يجوز أم لا وان جاز فكم مدة الخيار وهل يشترط النقد فيه أم لا وممن ضمان المبيع في مدة الخيار وهل يورث الخيار أم لا ومن يصح خياره ممن لا يصح وما يكون من الافعال خياراً كالقول . أما جواز الخيار فعليه الجمهور الا الثورى وابن أبى شبرمة وطائفة من أهل الظاهر وعمدة الجمهور حديث حبان بن منقذ وفيه ولك الخيار ثلاثا وما روى في حديث ابن عمر : البيعان بالخيار مالم يفترقا الا بيع الخيار وعمدة من منعه انه غرر وأن الاصل هو اللزوم في البيع الا أن يقوم دليل على جواز البيع على الخيار من كتاب الله أو سنة ثابتة أو اجماع قالوا وحديث حبان أما أنه ليس بصحيح وأما أنه خاص لما شكى اليه صلى الله عليه انه يخدع في البيوع قالوا وأما حديث ابن عمر وقوله فيه الا بيع الخيار فقد فسر المعنى المراد بهذا اللفظ وهو ما ورد فيه من لفظ آخر وهو أن يقول أحدهما لصاحبه اختر . وأما مدة الخيار عند الذين قالوا بجوازه فرأى مالك ان ذلك ليس له قدر محدود في نفسه وانه انما يتقدر بتقدر الحاجة الى اختلاف المبيعات وذلك يتفاوت بتفاوت المبيعات فقال مثل اليوم واليومين في اختيار الثوب والجمعة والخمسة الايام في اختيار الجارية والشهر ونحوه في اختيار الدار وبالجملة فلا يجوز عنده الاجل الطويل الذى فيه فضل عن اختيار المبيع وقال الشافعى وأبو حنيفة أجل الخيار ثلاثة أيام لا يجوز أكثر من ذلك وقال أحمد وأبو يوسف ومحمد بن الحسن يجوز الخيار لاى مدة اشترطت وبه قال داود واختلفوا في الخيار المطلق دون المقيد بمدة معلومة فقال الثورى والحسن بن حيى وجماعة بجواز اشتراط الخيار مطلقا

ويكون له الخيار أبدا وقال مالك يجوز الخيار المطلق ولكن السلطان يضرب فيه أجل مثله وقال ابو حنيفة والشافعى لايجوز بحال الخيار المطلق ويفسد البيع واختلف أبو حنيفة والشافعى ان وقع الخيار في الثلاثة الايام زمن الخيار المطلق فقال أبو حنيفة ان وقع في الثلاثة الايام جاز وان مضت الثلاثة فسد البيع وقال الشافعى بل هو فاسد على كل حال فهذه هي أقاويل فقهاء الامصار في مدة الخيار وهي هل يجوز مطلقا أو مقيدا وان جاز مقيدا فكم مقداره وان لم يجز مطلقا فهل من شرط ذلك أن لا يقع الخيار في الثلاث أم لا يجوز بحال وان وقع في الثلاث فاما أداتهم فان عمدة من لم يجز الخيار هو ماقلنا . واما عمدة من لم يجز الخيار الا ثلاثا فهو ان الاصل هو أن لايجوز الخيار فلا يجوز منه الا ماورد فيه النص في حديث منقذ بن حبان أو حبان بن منقذ وذلك كسائر الرخص المستثناة من الاصول مثل استثناء العرايا من المزابنة وغير ذلك قالوا وقد جاء تحديد الخيار بالثلاث في حديث المصراة وهو قوله : من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام . وأما حديث منقذ فاشبه طرقه المتصلة مارواه محمد بن اسحاق عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمنقذ وكان يخدع في البيع: اذا بعت فقل لاخلابة وأنت بالخيار ثلاثا . وأما عمدة أصحاب مالك فهو ان المفهوم من الخيار هو اختيار المبيع واذا كان ذلك كذلك وجب أن يكون ذلك محدودا بزمان امكان اختيار المبيع وذلك يختلف بحسب مبيع مبيع فكان النص انما ورد عندهم تنبيها على هذا المعنى وهو عندهم من باب الخاص أريد به العام وعند الطائفة الاولى من باب الخاص اريد به الخاص. وأما اشتراط النقد فانه لايجوز عند مالك وجميع أصحابه لتردده عندهم بين السلف والبيع وفيه ضعف . وأما ممن ضمان المبيع في مدة الخيار فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وأصحابه والليث والاوزاعى مصيبته من البائع والمشترى أمين وسواء كان الخيار لهما أو لاحدهما وقد قيل في المذهب انه ان كان هلك بيد البائع فلا خلاف في ضمانه اياه وان كان هلك بيد المشترى فالحكم كالحكم في الرهن والعارية ان كان مما يغاب عليه فضمانه منه وان كان مما لايغاب عليه فضمانه من البائع وقال أبو حنيفة ان كان شرط الخيار لكليهما أو للبائع وحده فضمانه من البائع والمبيع على ملكه وأما ان كان شرطه المشترى وحده فقد خرج المبيع عن ملك البائع ولم يدخل في ملك المشترى وبقى معلقا حتى ينقضى الخيار وقد قيل عنه ان على المشترى الثمن وهذا يدل على أنه قد دخل عنده في ملك المشترى وللشافعى قولان أشهرهما أن الضمان من المشترى لايهما كان الخيار فعمدة من رأى أن الضمان من البائع على كل حال انه عقد غير

لازم فلم ينتقل الملك عن البائع كما لو قال بعتك ولم يقل المشترى قبلت وعمدة من رأى انه من المشترى تشبيهه بالبيع اللازم وهو ضعيف لقياسه موضع الخلاف على موضع الاتفاق وأما من جعل الضمان لمشترط الخيار اذا شرطه أحدهما ولم يشترطه الثانى فلانه ان كان البائع هو المشترط فالخيار له ابقاء للمبيع على ملكه وان كان المشترى هو المشترط له فقط فقد صرفه البائع عن ملكه وأبانه فوجب ان يدخل في ملك المشترى ومن قال يخرج من ملك البائع ولا يدخل في ملك المشترى واذا كان المشترى هو الذى شرطه فقط قال قد خرج عن ملك البائع لانه لم يشترط خيارا ولم يلزم ان يدخل فى ملك المشترى لانه شرط الخيار في رد الآخر له ولكن هذا القول يمانع الحكم فانه لابد ان تكون مصيبته من أحدهما والخلاف آيل الى هل الخيار مشترط لايقاع الفسخ فى البيع أو لتتميم البيع فاذا قلنا بفسخ البيع فقد خرج من ضمان البائع وان قلنا فى تتميمه فهو فى ضمانه .

(وأما المسئلة الخامسة) وهى هل يورث خيار المبيع أم لا فان مالكا والشافعى وأصحابهما قالوا يورث وانه اذا مات صاحب الخيار فلورثته من الخيار مثل ما كان له وقال أبو حنيفة وأصحابه يبطل الخيار بموت من له الخيار ويتم البيع وهكذا عنده خيار الشفعة وخيار قبول الوصية وخيار الاقالة وسلم لهم أبو حنيفة خيار الرد بالعيب أعنى أنه قال يورث وكذلك خيار استحقاق الغنيمة قبل القسم وخيار القصاص وخيار الرهن وسلم لهم مالك خيار رد الاب ما وهبه لابنه اعنى انه لم ير لورثة الميت من الخيار فى رد ما وهبه لابنه ما جعل له الشرع من ذلك أعنى للاب وكذلك خيار الكتابة والطلاق واللعان ومعنى خيار الطلاق ان يقول الرجل لرجل آخر طلق امرأتى متى شئت فيموت الرجل المجعول له الخيار فان ورثته لايتنزلون منزلته عند مالك وسلم الشافعى ماسلمت المالكية للحنفية من هذه الخيارات وسلم زائداً خيار الاقالة والقبول فقال لايورثان وعمدة المالكية والشافعية ان الاصل هو ان تورث الحقوق والاموال الاماقام دليل على مفارقة الحق فى هذا المعنى للمال وعمدة الحنفية ان الاصل هو ان يورث المال دون الحقوق الاماقام دليله من الحاق الحقوق بالاموال ٭ فموضع الخلاف هل الاصل هو أن تورث الحقوق كالاموال أم لا وكل واحد من الفريقين يشبه من هذا مالم يسلمه له خصمه بما يسلمه منها له ويحتج على خصمه فالمالكية والشافعية تحتج على أبى حنيفة بتسليمه وراثة خيار الرد بالعيب ويشبه سائر الخيارات التى يورثها به والحنفية تحتج أيضا على المالكية والشافعية بما تمنع من ذلك وكل واحد منهم يروم أن يعطى فارقا فيما يختلف فيه قوله ومشابها فيما يتفق فيه قوله ويروم في قول خصمه بالضد أعنى أن

يعطى فارقا فيما يضمه الخصم متفقا ويعطى اتفاقا فيما يضمه الخصم متباينا مثل ماتقول المالكية انما قلنا ان خيار الأب في رد هبته لايورث لان ذلك خيار راجع الى صفة فى الابلا توجدفى غيره وهي الابوة فوجب أن لا تورث لا الى صفة في العقدوهذا هو سبب اختلافهم في خيار خيار أعنى أنه من انقدح له في شيء منها أنه صفة للعقد ورثه ومن انقدح له أنه صفة خاصة بذى الخيار لم يورثه .

(وأما المسئلة السادسة) وهي من يصح خياره فانهم اتفقوا على صحة خيار المتبايعين واختلفوا في اشتراط خيار الاجنبى فقال مالك يجوز ذلك والبيع صحيح وقال الشافعى في أحد قوليه لا يجوز الا أن يوكله الذى جعل له الخيار ولا يجوزالخيار عنده على هذا القول لغير العاقد وهو قول أحمدوللشافعى قول آخر مثل قول مالك وبقول مالك قال أبو حنيفة واتفق المذهب على أن الخيار للاجنبي اذا جعله له المتبايعان وان قوله لازم لهما واختلف المذهب اذا جعله أحدهما فاختلف البائع ومن جعل له البائع الخيار أوالمشترى ومن جعل له المشترى الخيار فقيل القول في الامضاء والرد قول الاجنبى سواء اشترط خياره البائع أوالمشترى وقال عكس هذا القول من جعل خياره هناكالمشورة وقيل بالفرق بين البائع والمشترى أى ان القول فى الامضاء والرد قول البائع دون الاجنبي وقول الاجنبىدون المشترى ان كان المشترى هو مشترط الخيار وقيل القول قول من أراد منهما الامضاء وان أراد البائع الامضاء وأراد الاجنبي الذى اشترط البائع خياره الرد ووافقه المشترى فالقول قول البائع في الامضاء وان أراد البائع الرد واراد الاجنبى الامضاء ووافقه المشترى فالقول قول المشترى وكذلك ان اشترط الخيار للاجنبي المشترى فالقول فيهما قول من أراد الامضاء وكذلك الحال في المشترى وقيل بالفرق فى هذا بين البائع والمشترى أى ان اشترطه البائع فالقول قول من أراد الامضاء منهما وان اشترطه المشترى فالقول قول الاجنبي وهوظاهر مافي المدونة وهذا كله ضعيف واختلفوافيمن اشترط من الخيار مالا يجوز مثل ان يشترط أجلا مجهولا وخيارا فوق الثلاث عند من لايجوز الخيار فوق الثلاث أو خيار رجل بعيد الموضع بعينه أعنى أجنبيا فقال مالك والشافعى لايصح البيع وان اسقط الشرط الفاسد وقال أبو حنيفة يصح البيع مع اسقاط الشرط الفاسد ✡ فأصل الخلاف هل الفساد الواقع في البيع من قبل الشرط يتعدى الى العقد أم لا يتعدى وانما هو في الشرط فقط فمن قال يتعدى أبطل البيع وان أسقطه ومن قال لا يتعدى قال البيع يصح اذا أسقط الشرط الفاسدالا انه يبقى العقد صحيحا .

كتاب بيع المرابحة

أجمع جمهور العلماء على أن البيع صنفان مساومة ومرابحة وان المرابحة هي ان يذكر البائع للمشترى الثمن الذى اشترى به السلعة ويشترط عليه ربحا ما للدينار أو الدرهم واختلفوا من ذلك بالجملة في موضعين ، أحدهما فيما للبائع أن يعده من رأس مال السلعة مما اتفق على السلعة بعد الشراء مما ليس له أن يعده من رأس المال ، والموضع الثانى اذا كذب البائع للمشترى فاخبر أنه اشتراه با كثر مما اشترى السلعة به أو وهم فاخبر باقل مما اشترى به السلعة ثم ظهر له انه اشتراها بأ كثر فنى هذا الكتاب بحسب اختلاف فقهاء الامصار بابان ، الباب الاول فيما يعد من رأس المال مما لا يعد وفي صفة رأس المال الذى يجوزان يبنى عليه الربح . الثانى في حكم من وقع من الزيادة أو النقصان فى خبر البائع بالثمن .

(الباب الاول) . فاما مايعد في الثمن مما لايعد فان تحصيل مذهب مالك في ذلك أن ما ينوب البائع على السلعة زائدا على الثمن ينقسم ثلاثة أقسام قسم يعد في أصل الثمن ويكون له حظ من الربح وقسم يعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح وقسم لايعد في أصل الثمن ولا يكون له حظ من الربح . فاما الذى يحسبه في رأس المال ويجعل له حظاً من الربح فهو ما كان مؤثراً في عين السلعة مثل الخياطة والصبغ وأما الذى يحسبه في رأس المال ولا يجعل له حظا من الربح فمالايؤثر فى عين السلعة مما لايمكن البائع ان يتولاه بنفسه كحمل المتاع من بلد الى بلد وكراء البيوت التى توضع فيها . وأما مالا يحتسب فيه في الامرين جميعا فما ليس له تأثير في عين السلعة مما يمكن ان يتولاه صاحب السلعة بنفسه كالسمسرة والطى والشد وقال أبو حنيفة بل يحمل على ثمن السلعة كل ما نابه عليها وقال أبو ثور لا تجوز المرابحة الا بالثمن الذى اشترى به السلعة فقط الا ان يفصل ويفسخ عنده أن وقع قال لانه كذب لانه يقول له ثمن سلعتى كذا وكذا وليس الامر كذلك وهو عنده من باب الغش . واما صفة رأس الثمن الذى يجوزان يخبر به فان مالكا والليث قالا فيمن اشترى سلعة بدنانير والصرف يوم اشتراها صرف معلوم تغير الى زيادة انه ليس له ان يعلم يوم باعها بالدنانير التى اشتراها الا انه من باب الكذب والخيانة وكذلك ان اشتراها بدراهم ثم باعها بدنانير وقد تغير الصرف واختلف أصحاب مالك من هذا الباب فيمن ابتاع سلعة بعروض هل يجوز له ان يبيعها مرابحة أم لا يجوز فاذا قلنا بالجواز فهل يجوز بقيمة العرض أو بالعرض نفسه

فقال ابن القاسم يجوز له بيعها على ما اشتراه به من العروض ولا يجوز على القيمة وقال أشهب لا يجوز لمن اشترى سلعة بشيء من العروض ان يبيعها مرابحة لانه يطالبه بعرض على صفة عرضه وفى الغالب ليس يكون عنده فهو من باب بيع ماليس عنده واختلف مالك وأبو حنيفة فيمن اشترى سلعة بدنانير فأخذ في الدنانير عروضاً أو دراهم هل يجوز له بيعها مرابحة دون ان يعلم بما نقد أم لا يجوز فقال مالك لا يجوز الا ان يعلم مانقد وقال أبو حنيفة يجوز ان يبيعها منه مرابحة على الدنانير التى ابتاع بها السلعة دون العروض التى أعطى فيها أو الدراهم وقال مالك أيضا فيمن اشترى سلعة باجل فباعها مرابحة انه لا يجوز حتى يعلم بالاجل وقال الشافعى ان وقع كان للمشترى مثل أجله وقال أبو ثور هو كالعيب وله الرد به وفى هذا الباب في المذهب فروع كثيرة ليست مما قصدناه .

(الباب الثانى) واختلفوا فيمن ابتاع سلعة مرابحة على ثمن ذكره ثم ظهر بعد ذلك . اما باقراره • واما ببينة ان الثمن كان أقل والسلعة قائمة فقال مالك وجماعة المشترى بالخيار اما ان ياخذ بالثمن الذى صح أو يترك اذا لم يلزمه البائع أخذها بالثمن الذى صح وان الزمه لزمه وقال أبو حنيفة وزفر بل المشترى بالخيار على الاطلاق ولا يلزمه الاخذ بالثمن الذى ان الزمه البائع لزمه وقال الثورى وابن أبى ليلى وأحمد وجماعة بل يبقى البيع لازما لهما بعد حط الزيادة وعن الشافعى القولان القول بالخيار مطلقا والقول باللزوم بعد الحط فحجة من أوجب البيع بعد الحط ان المشترى انما اربحه على ما ابتاع به السلعة لا غير ذلك فلما ظهر خلاف ما قال وجب أن يرجع الى الذى ظهر كما لو أخذه بكيل معلوم فخرج بغير ذلك الكيل انه يلزمه توفية ذلك الكيل وحجة من رأى ان الخيار مطلقا تشبيه الكذب في هذه المسئلة بالعيب أعنى انه كما يوجب العيب الخيار كذلك يوجب الكذب . واما اذا فاتت السلعة فقال الشافعى يحط مقدار مازاد من الثمن وماوجب له من الربح وقال مالك أن كانت قيمتها يوم القبض أو يوم البيع على خلاف عنه في ذلك مثل ماوزن المبتاع أو أقل فلا يرجع عليه المشترى بشيء وأن كانت القيمة أقل خير البائع بين رده للمشترى القيمة أو رده الثمن أو امضائه السلعة بالثمن الذى صح . واما اذا باع الرجل سلعته مرابحة ثم أقام البينة ان ثمنها أكثر مما ذكره وانه وهم في ذلك وهي قائمة فقال الشافعى لا يسمع من تلك البينة لانه كذبها وقال مالك يسمع منها ويجبر المبتاع على ذلك الثمن وهذا بعيد لانه بيع آخر وقال مالك في هذه المسئلة اذا فاتت السلعة ان المبتاع مخير بين ان يعطى قيمة السلعة يوم قبضها أو ان يأخذها بالثمن الذى صح فهذه هي مشهورات

وسلم : أرخص فى بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة أوسق وانما كان عن مالك في الخمس الاوسق روايتان الشك الواقع في هذا الحديث من الراوى وأما اشتراطه أن يكون من ذلك الصنف بعينه اذا يبس فلما روى عن زيد ابن ثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : رخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها تمرا خرجه مسلم وأما الشافعى فعمدته حديث رافع بن خديج وسهل بن أبى حثمة عن النبى صلى الله عليه وسلم . أنه نهى عن المزابنة التمر بالتمر إلا أصحاب العرايا فانه أذن لهم فيه وقوله فيها يأكلها أهلها رطبا والعرية عندهم هي اسم لما دون الخمسة الاوسق من التمر وذلك انه لما كان العرف عندهم أن يهب الرجل فى الغالب من نحلاته هذا القدر فما دونه خص هذا القدر الذى جاءت فيه الرخصة باسم الهبة لموافقته في القدر للهبة وقد احتج لمذهبه بما رواه باسناد منقطع عن محمود بن لبيد أنه قال لرجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم : إما زيد بن ثابت وإما غيره ما عراياكم هذه قال فسمى رجالا محتاجين من الانصار شكوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الرطب أتى وليس بأيديهم نقد يبتاعون به الرطب فيأكلونه مع الناس وعندهم فضل من قوتهم من التمر فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بخرصها من التمر الذى بايديهم يأكلونها رطبا وانما لم يجز تأخير نقد التمر لانه بيع الطعام بالطعام نسيئة واما احمد فحجته ظاهر الاحاديث المتقدمة انه رخص في العرايا ولم يخص المعرى من غيره وأما أبوحنيفة فلما لم تجز عنده المزابنة وكانت ان جعلت بيعا نوعا من المزابنة رأى ان انصرافها الى المعرى ليس هو من باب البيع وانما هو من باب رجوع الواهب فيما وهب باعطاء خرصها تمراً وتسمية اياها بيعا عنده مجاز وقد التفت الى هذا المعنى مالك في بعض الروايات عنه فلم يجز بيعها بالدراهم ولا بشىء من الاشياء سوى الخرص وان كان المشهور عنه جواز ذلك وقد قيل ان قول ابى حنيفة هذا هو من باب تغليب القياس على الحديث وذلك انه خالف الاحاديث في مواضع . منها انه لم يسمها بيعا وقد نص الشارع على تسميتها بيعا . ومنها انه جاء في الحديث أنه نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وعلى مذهبه لا تكون العرية استثناء من المزابنة لان المزابنة هى في البيع والعجب منه أنه سهل عليه أن يستثنيها من النهى عن الرجوع في الهبة التى لم يقع فيها استثناء بنص الشرع وعسر عليه ان يستثنيها مما استثنى منه الشارع وهى المزابنة والله أعلم .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

(كتاب الاجارات)

والنظر في هذا الكتاب شبيه بالنظر في البيوع أعنى أن أصوله تنحصر بالنظر في أنواعها وفي شروط الصحة فيها والفساد وفي أحكامها وذلك في نوع نوع منها أعنى فيما يخص نوعا نوعا منها وفيما يعم أكثر من واحد منها فهذا الكتاب ينقسم أولا الى قسمين، القسم الاول في أنواعها وشروط الصحة والفساد، والثاني في معرفة أحكام الاجارات وهذا كله بعد قيام الدليل على جوازها فلنذكر أولا مافي ذلك من الخلاف ثم نصير الى ذكر مافي ذينك القسمين من المسائل المشهورة اذ كان قصدنا انما هو ذكر المسائل التى تجرى من هذه الاشياء مجرى الامهات وهي التى اشتهر فيها الخلاف بين فقهاء الامصار (فنقول) ان الاجارة جائزة عند جميع فقهاء الامصار والصدر الاول . وحكى عن الاصم وابن علية منعها ودليل الجمهور قوله تعالى « انى أريد أن أنكحك إحدى ابنتى هاتين » الآية وقوله « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » ومن السنة الثابتة ماخرجه البخارى عن عائشة قالت استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر رجلا من بنى الديل هاديا خريتا وهو على دين كفار قريش فدفعا اليه راحلتيهما وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال براحلتيهما وحديث جابر أنه باع من النبي صلى الله عليه وسلم بعيرا وشرط ظهره الى المدينة وماجاز استيفاؤه بالشرط جاز استيفاؤه بالاجر . وشبهة من منع ذلك أن المعاوضات انما يستحق فيها تسليم الثمن بتسليم العين كالحال في الاعيان المحسوسة والمنافع في الاجارات في وقت العقد معدومة فكان ذلك غررا ومن بيع مالم يخلق ونحن نقول انها وان كانت معدومة في حال العقد فهي مستوفاة في الغالب والشرع انما لحظ من هذه المنافع مايستوفى في الغالب أو يكون استيفاؤه وعدم استيفائه على السواء .

﴿ القسم الاول ﴾

وهذا القسم النظر فيه في جنس الثمن وجنس المنفعة التى يكون الثمن مقابلا لها وصفتها.

فاما الثمن فينبغى أن يكون مما يجوز بيعه وقد تقدم ذلك من باب البيوع : وأما المنفعة فينبغى أن تكون من جنس ما لم ينه الشرع عنه وفي كل هذه مسائل اتفقوا عليها واختلفوا فيها فمما اجتمعوا على ابطال اجارته كل منفعة كانت لشيء محرم العين وكذلك كل منفعة كانت محرمة بالشرع مثل أجر النوائح وأجر المغنيات وكذلك كل منفعة كانت فرض عين على الانسان بالشرع مثل الصلاة وغيرها واتفقوا على اجارة الدور والدواب والناس على الافعال المباحة وكذلك الثياب والبسط واختلفوا في اجارة الارضين وفي اجارة المياه وفي اجارة المؤذن وفي الاجارة على تعليم القرآن وفى اجارة نزو الفحول . فاما كراء الارضين فاختلفوا فيها اختلافا كثيرا فقوم لم يجيزوا ذلك بتة وهم الاقل وبه قال طاوس وأبو بكر بن عبد الرحمن وقال الجمهور بجواز ذلك واختلف هؤلاء فيما يجوز به كراؤها فقال قوم لا يجوز كراؤها الا بالدراهم والدنانير فقط وهو مذهب ربيعة وسعيد بن المسيب وقال قوم يجوز كراء الارض بكل شيء ما عدى الطعام وسواء كان ذلك بالطعام الخارج منها أو لم يكن وما عدا ماينبت فيها كان طعاما أو غيره والى هذا ذهب مالك وأكثر أصحابه وقال آخرون يجوز كراء الارض بما عدا الطعام فقط وقال آخرون يجوز كراء الارض بكل العروض والطعام وغير ذلك مالم يكن بجزء مما يخرج منها من الطعام وممن قال بهذا القول سالم بن عبد الله وغيره من المتقدمين وهو قول الشافعى وظاهر قول مالك في الموطأ وقال قوم يجوز كراؤها بكل شيء وبجزء مما يخرج منها وبه قال احمد والثورى والليث وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبى حنفة وابن أبى ليلى والاوزاعى وجماعة وعمدة من لم يجز كراءها بحال مارواه مالك بسنده عن رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع قالوا وهذا عام وهؤلاء لم يلتفتوا الى ماروى مالك من تخصيص الراوى له حين روى عنه قال حنظلة فسالت رافع بن خديج عن كرائها بالذهب والورق فقال لاباس به وروى هذا عن رافع وابن عمر وأخذ بعمومه وكان ابن عمر قبل يكرى أرضه فترك ذلك وهذا بناء على رأى من يرى انه لا يخصص العموم بقول الراوى وروى عن رافع بن خديج عن أبيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اجارة الارضين قال أبو عمر بن عبد البر واحتجوا أيضا بحديث ضمرة عن ابن شوذب عن مطرف عن عطاء عن جابر قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها ولا يؤاجرها فهذه هى جملة الاحاديث التى تمسك بها من لم يجز كراء الارض وقالوا أيضا من جهة المعنى أنه لم يجز كراؤها لما في ذلك من الغرر لانه ممكن أن يصيب الزرع جائحة من نار أو قحط أو غرق فيكون قد لزمه كراؤها من غير أن

ينتفع من ذلك بشيء * قال القاضي ويشبه أن يقال في هـذا ان المعنى في ذلك قصد الرفق بالناس لكثرة وجود الارض كما نهى عن بيع الماء ووجه الشبه بينهما انهما أصلا الخلقة . وأما عمدة من لم يجز كراءها الا بالدراهم والدنانير فحديث طارق بن عبدالرحمن عن سعيد بن المسيب عن رافع بن خديج عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال انما يزرع ثلاثة رجل له أرض فيزرعها رجل منح أرضا فهو يزرع مامنح ورجل اكترى بذهب أو فضة قالوا فلا يجوز أن يتعدى مافي هذا الحديث والاحاديث الاخر مطلقة وهذا مقيد ومن الواجب حمل المطلق على المقيد وعمدة من أجاز كراءها بكل شيء ماعدا الطعام وسواء كان الطعام مدخرا أو لم يكن حديث يعلى بن حكيم عن سليمان بن يسار عن رافع بن خديج قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه ولا يكرها بثلث ولا ربع ولا بطعام معين قالوا وهـذا هو معنى المحاقلة التي نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكروا حـديث سعيد بن المسيب مرفوعا وفيه والمحاقلة استكراء الاوض بالحنطة قالوا وأيضا فانه من باب بيع الطعام بالطعام نسيئة وعمدة من لم يجز كراءها بالطعام ولا بشيء مما يخرج منها أما بالطعام فحجته حجة من لم يجز كراءها بالطعام وأما حجته على منع كرائها مما تنبت فهو ماورد من نهيه صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قالوا وهي كراء الارض بما يخرج منها وهذا قول مالك وكل أصحابه وعمدة من أجاز كراءها بجميع العروض والطعام وغير ذلك مما يخرج منها انه كراء منفعة معلومة بشيء معلوم فجاز قياسا على اجازة سائر المنافع وكان هؤلاء ضعفوا أحاديث رافع روى عن سالم بن عبد الله وغيره في حديث رافع انهم قالوا اكترى رافع قالوا وقد جاء في بعض الروايات عنه مايجب أن يحمل عليها سائرها قال كنا أكثر أهل المدينة حقلا قال وكان أحدنا يكري أرضه ويقول هذه القطعة لي وهذه لك وربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهاهم النبي صلى الله عليه وسلم خرجه البخاري وأما من لم يجز كراءها بما يخرج منها فعمدته النظر والاثر . أما الاثر فما ورد من النهي عن المخابرة وما ورد من حديث ابن خديج عن ظهير بن نافع قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان بنا رفقا فقلت ماقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو حق قال دعاني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ماتصنعون بمحاقلكم قلنا نؤاجر على الربع وعلى الاوسق من التمر والشعير فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعلوا ازرعوها أو زارعوها أو امسكوها وهذا الحديث اتفق على تصحيحه الامامان البخاري ومسلم. وأما من أجاز كراءها بما يخرج منها فعمدته حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم

على نصف ماتخرجه الارض والثمرة قالوا وهذا الحديث أولى من أحاديث رافع لانها مضطربة المتون وإن صحت أحاديث رافع حملناها على الكراهية لاعلى الحظر بدليل ماخرجه البخارى ومسلم عن ابن عباس أنه قال ان النبى صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها ولكن قال ان يمنح أحدكم أخاه يكن خيرا له من أن يأخذ منه شيأ قالوا وقدم معاذ ابن جبل اليمن حين بعثه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم يخابرون فأقرهم .

(وأمااجارة المؤذن) فان قوم مالم يروافي ذلك بأسا وقوما كرهوا ذلك والذين كرهوا ذلك وحرموه احتجوا بماروى عن عثمان بن أبى العاص قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اتخذ مؤذنا لايأخذ على آذانه أجرا والذين أباحوه قاسوه على الافعال غير الواجبة وهذا هو سبب الاختلاف أعنى هل هو واجب ام ليس بواجب . وأما الاستئجار على تعليم القرآن فقد اختلفوا فيه أيضا وكرهه قوم وأجازه آخرون والذين أباحوه قاسوه على سائر الافعال واحتجوا بما روى عن خارجة بن الصامت عن عمه قال أقبلنا من عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتينا على حى من أحياء العرب فقالوا انكم جئتم من عند هذا الحبر فهل عندكم دواء أورقية فان عندنا معتوها في القيود فقلنا لهم نعم فجاؤا به فجعلت أقرأ عليه بفاتحة الكتاب ثلاثة أيام غدوة وعشية أجمع بزاقى ثم أتفل عليه فكانما أنشط من عقال فأعطونى جعلا فقلت لاحتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته فقال كل فلعمرى لمن أكل برقية باطلا فلقد أكلت برقية حقا وبما روى عن أبى سعيد الخدرى أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا في غزاة فمروا بحى من أحياء العرب فقالوا هل عندكم من راق فان سيد الحى قد لدغ أو عرض له قال فرقى رجل بفاتحة الكتاب فبرىء فأعطى قطيعا من الغنم فأبى ان يقبلها فسأل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بم رقيته قال بفاتحة الكتاب قال ومايدريك أنها رقية قال ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : خذوها واضربوا لى معكم فيها بسهم وأما الذين كرهوا الجعل على تعليم القرآن فقالوا هو من باب الجعل على تعليم الصلاة قالوا ولم يكن الجعل المذكور في الاجارة على تعليم القرآن وانما كان على الرقى وسواء كان الرقى بالقرآن أو غيره الاستئجار عندنا جائز كالعلاجات قالوا وليس واجبا على الناس وأما تعليم القرآن فهو واجب على الناس . وأما اجارة الفحول من الابل والبقر والدواب فأجاز مالك أن يكرى الرجل فحله على ان ينزوا كواما معلومة ولم يجز ذلك أبو حنيفة ولا الشافعى وحجة من لم يجز ذلك ماجاء من النهى عن عسيب الفحل ومن اجازه شبهه بسائر المنافع وهذا ضعيف لانه تغليب القياس على السماع واستئجار الكلب هو أيضا من هذا الباب وهو لايجوز عند الشافعى ولاعند مالك والشافعى

يشترط في جواز استئجار المنفعة أن تكون متقومة على انفرادها فلا يجوز استئجار تفاحة للشم ولا الطعام لتزيين الحانوت اذ هـذه المنافع ليس لها قيم على انفرادها فهو لا يجوز عند مالك ولا عند الشافعي ومن هذا الباب اختلاف المذهب في اجارة الدراهم والدنانير وبالجملة كل ما لا يعرف بعينه فقال ابن القاسم لا يصح اجارة هذا الجنس وهو قرض وكان أبو بكر الابهرى وغيره يزعم أن ذلك يصح وتلزم الاجرة فيه وانما منع من منع اجارتها لانه لم يتصور فيها منفعة الا باتلاف عينها ومن أجاز اجارتها تصور فيها منفعة مثل أن يتجمل بها أو يتكثر أو غير ذلك مما يمكن أن يتصور في هـذا الباب فهـذه هي مشهورات مسائل الخلاف المتعلقة بجنس المنفعة . وأما مسائل الخلاف المتعلقة بجنس الثمن فهي مسائل الخلاف المتعلقة بما يجوز أن يكون ثمنا في المبيعات وما لا يجوز ومما ورد النهي فيه من هذا الباب ما روى انه صلى الله عليه وسلم نهى عن عسيب الفحل وعن كسب الحجام وعن قفيز الطحان قال الطحاوى ومعنى نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان هو ما كانوا يفعلونه في الجاهلية من دفع القمح الى الطحان بجزء من الدقيق الذي يطحنه قالوا وهـذا لا يجوز عندنا وهو استئجار من المستأجر بعين ليس عنده ولا هي من الاشياء التي تكون ديونا على الذمم ووافقه الشافعي على هـذا وقال أصحابه لو استأجر السلاخ بالجلد والطحان بالنخالة أو بصاع من الدقيق فسد لنهيه صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهـذا على مذهب مالك جائز لانه استأجره على جزء من الطعام معلوم وأجرة الطحان ذلك الجزء وهو معلوم أيضا وأما كسب الحجام فذهب قوم الى تحريمه وخالفهم في ذلك آخرون فقالوا كسبه ردىء يكره للرجل وقال آخرون بل هو مباح ✩ والسبب في اختلافهم تعارض الآثار في هـذا الباب فمن رأى أنه حرام احتج بما روى عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من السحت كسب الحجام وبما روى عن أنس بن مالك قال : حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم كسب الحجام وروى عن عون بن أبي جحيفة قال اشترى أبي حجاما فكسر محاجمه فقلت له يا أبت لم كسرتها فقال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الدم . وأما من رأى اباحة ذلك فاحتج بما روى عن ابن عباس قال : احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجرة قالوا ولو كان حراما لم يعطه وحديث جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : دعا ابا طيبة فحجمه فسأله كم ضريبتك فقال ثلاثة آصع فوضع عنه صاعا وعنه ايضا أنه أمر للحجام بصاع من طعام وأمر مواليه ان يخففوا عنه . وأما الذين قالوا بكراهيته فاحتجوا بما روى أن رفاعة بن

رافع أو رافع بن رفاعة جاء الى مجلس الانصار فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كسب الحجام وامرنا أن نطعمه ناضحنا وبما روى عن رجل من بنى حارثة كان له حجام وسال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فنهاه ثم عاد فنهاه ثم عاد فنهاه فلم يزل يراجعه حتى قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : اعلف كسبه ناضحك وأطعمه رقيقك .

(ومن هذا الباب أيضا) اختلافهم في اجارة دار بسكنى دار أخرى فاجاز ذلك مالك ومنعه أبو حنيفة ولعله رآها من باب الدين بالدين وهذا ضعيف فهذه مشهورات مسائلهم فيما يتعلق بجنس الثمن وبجنس المنفعة وأما ما يتعلق باوصافها فنذكر أيضا المشهور منها فمن ذلك ان جمهور فقهاء الامصار مالك وأبو حنيفة والشافعي اتفقوا بالجملة ان من شرط الاجارة أن يكون الثمن معلوما والمنفعة معلومة القدر وذلك اما بغايتها مثل خياطة الثوب وعمل الباب وأما بضرب الاجل اذا لم تكن لها غاية مثل خدمة الاجير وذلك أما بالزمان ان كان عملا واستيفاء منفعة متصلة الوجود مثل كراء الدور والحوانيت وأما بالمكان ان كان مشيا مثل كراء الرواحل وذهب أهل الظاهر وطائفة من السلف الى جواز اجارة المجهولات مثل أن يعطى الرجل حماره لمن يسقى عليه أو يحتطب عليه بنصف ما يعود . عليه وعمدة الجمهور ان الاجارة بيع فامتنع فيها من الجهل لمكان الغبن ما امتنع في المبيعات . واحتج الفريق الثانى بقياس الاجارة على القراض والمساقاة والجمهور على ان القراض والمساقاة مستثنيان بالسنة فلا يقاس عليهما لخروجهما عن الاصول واتفق مالك والشافعي على انهما اذا ضربا للمنفعة التى ليس لها غاية امدا من الزمان محدودا وحدودا أيضا أول ذلك الأمد وكان أوله عقب العقد ان ذلك جائز واختلفوا اذا لم يحدوا أول الزمان أو حددوه ولم يكن عقب العقد فقال مالك يجوز اذا حدد الزمان ولم يحدد أوله مثل أن يقول له استأجرت منك هذه الدار سنة بكذا اوشهرا بكذا ولا يذكر اول ذلك الشهر ولا أول تلك السنة وقال الشافعي لا يجوز ويكون أول الوقت عند مالك وقت عقد الاجارة فنعه الشافعي لانه غرر وأجازه مالك لانه معلوم بالعادة وكذلك لم يجز الشافعي اذا كان أول العقد متراخيا عن العقد وأجازه مالك واختلف قول أصحابه في استئجار الارض غير المأمونة التغيير فيما بعد من الزمان وكذلك اختلف مالك والشافعي في مقدار الزمان الذى تقدر به هذه المنافع فمالك يجيز ذلك السنين الكثيرة مثل أن يكرى الدار لعشرة أعوام أو أكثر مما لا تتغير الدار فى مثله وقال الشافعي لا يجوز ذلك لا كثر من عام واحد . واختلف قول ابن القاسم وابن الماجشون فى أرض المطر وأرض السقى بالعيون وأرض السقى بالآبار والانهار فاجاز ابن القاسم فيها الكراء السنين الكثيرة وفصل ابن الماجشون فقال لا

يجوز الكراء في أرض المطر الا لعام واحد وأما أرض السقى بالعيون فلا يجوز كراؤها الا لثلاثة أعوام وأربعة وأما أرض الآبار والانهار فلا يجوز الا لعشرة أعوام فقط فالاختلاف ههنا في ثلاثة مواضع في تحديد أول المدة وفي طولها وفي بعدها من وقت العقد . وكذلك اختلف مالك والشافعي اذا لم يحدد المدة وحدد القدر الذى يجب لاقل مدة مثل أن يقول أكترى منك هذه الدار الشهر بكذا ولا يضربان لذلك أمدا معلوما فقال الشافعي لا يجوز وقال مالك وأصحابه يجوز على قياس أبيعك من هذه الصبرة بحساب القفيز بدرهم وهذا لا يجوزه غيره ✡ وسبب الخلاف اعتبار الجهل الواقع في هذه الاشياء هل هو من الغرر المعفو عنه أو المنهى عنه ومن هذا الباب اختلافهم في البيع والاجارة أجازه مالك ومنعه الشافعي وأبو حنيفة ولم يجز مالك أن يقترن بالبيع الا الاجارة فقط ومن هذا الباب اختلافهم في اجارة المشاع فقال مالك والشافعي هي جائزة وقال أبو حنيفة لا تجوز لان عنده أن الانتفاع بها مع الاشاعة متعذر وعند مالك والشافعي ان الانتفاع بها ممكن مع شريكه كانتفاع المكرى بها مع شريكه أعنى رب المال ومن هذا الباب استئجار الاجير بطعامه وكسوته وكذلك الظئر فمنع الشافعي ذلك على الاطلاق وأجاز مالك ذلك على الاطلاق أعنى فى كل أجير وأجاز ذلك أبو حنيفة في الظئر فقط ✡ وسبب الخلاف هل هي اجارة مجهولة أم ليست مجهولة فهذه هي شرائط الاجارة الراجعة الى الثمن والمثمون. وأما أنواع الاجارة فان العلماء على أن الاجارة على ضربين اجارة منافع أعيان محسوسة واجارة منافع في الذمة قياسا على البيع والذى فى الذمة من شرطه الوصف والذى في العين من شرطه الرؤية أو الصفة عنده كالحال في المبيعات ومن شرط الصفة عنده ذكر الجنس والنوع وذلك في الشيء الذى تستوفي منافعه وفي الشيء الذى تستوفي به منافعه فلا بد من وصف المركوب مثلا والحمل الذى تستوفي به منفعة المركوب وعند مالك ان الراكب لا يحتاج ان يوصف وعند الشافعي يحتاج الى الوصف وعند ابن القاسم انه اذا استؤجر الراعى على غنم باعيانها ان من شرط صحة العقد اشتراط الخلف وعند غيره تلزم الجملة بغير شرط ومن شرط اجارة الذمة ان يعجل النقد عند مالك ليخرج من الدين بالدين كما أن من شرط اجارة الارض غير المأمونة السقى عنده أن لا يشترط فيها النقد الا بعد الرى. واختلفوا في الكراء هل يدخل في أنواعه الخيار أم لا فقال مالك يجوز الخيار في الصنفين من الكراء المضمون والمعين، وقال الشافعي لا يجوز فهذه هي المشهورات من المسائل الواقعة فى هذا القسم الاول من هذا الكتاب وهو الذى يشتمل على النظر فى محال هذا

العقد واوصافه وأنواعه وهي الاشياء التى تجرى من هذا العقـد مجرى الاركان وبها يوصف العقـد اذا كان على الشروط الشرعيـة بالصحة وبالفساد اذا لم يكن على ذلك وبقى النظر في الجزء الثانى وهو أحكام هذا العقد .

﴿ الجزء الثانى من هذا الـكتاب وهو النظر في أحكام الاجارات ﴾

واحكام الاجارات كثيرة ولكنها بالجملة تنحصر في جملتين ، الجملة الاولى في موجبات هذا العقد ولوازمه من غير حدوث طارىء عليه ، الجملة الثانية في أحكام الطوارىء وهذه الجملة تنقسم في الاشهر الى معرفة موجبات الضمان وعدمه ومعرفة وجوب الفسخ وعدمه ومعرفة حكم الاختلاف .

(الجملة الاولى) ومن مشهورات هذا الباب متى يلزم المكرى دفع الكراء اذا أطلق العقد ولم يشترط قبض الثمن فعند مالك وأبى حنيفة أن الثمن انمـا يلزم جزءاً فجزءاً بحسب ما يقبض من المنافع الا أن يشترط ذلك أو يكون هنالك ما يوجب التقديم مثل أن يكون عوضا معينا أو يكون كراء فى الذمة وقال الشافعى يجب عليه الثمن بنفس العقد فمالك رأى أن الثمن انما يستحق منه بقدر ما يقبض من العوض والشافعى كأنه رأى ان تأخره من باب الدين بالدين . ومن ذلك اختلافهم فيمن اكترى دابة او دارا وما أشبه ذلك هل له أن يكرى ذلك بأكثر مما اكتراه فاجازه مالك والشافعى وجماعة قياسا على البيع ومنع ذلك أبو حنيفة وأصحابه وعمدتهم انه من باب ربح ما لم يضمن لان ضمان الاصل هو من ربه أعنى من المكرى وأيضا فانه من باب بيع ما لم يقبض وأجاز ذلك بعض العلماء اذا أحدث فيها عملا وممن لم يكره ذلك اذا وقع بهذه الصفة سفيان الثورى والجمهور رأوا ان الاجارة فى هذا شبه بالبيع ومنها ان يكرى الدار من الذى أكراها منه فقال مالك يجوز وقال أبو حنيفة لايجوز وكانه رأى انه اذا كان التفاضل بينهما في الكراء فهو من باب أكل المال بالباطل ومنها اذا اكترى أرضا ليزرعها حنطة فاراد أن يزرعها شعيرا أوماضرره مثل ضرره الحنطة أو دونه فقال مالك له ذلك وقال داود ليس ذلك له ومنها اختلافهم في كنس مراحيض الدور المكتراه فالمشهور عن ابن القاسم انه على أرباب الدور وروى عنه انه على المكترى وبه قال الشافعى واستثنى ابن القاسم من هذه الفنادق التى تدخلها قوم وتخرج قوم فقال الكنس في هذه على رب الدار . ومنها اختلاف أصحاب مالك في الانهدام اليسير من الدار هل يلزم رب الدار اصلاحه أم ليس يلزم وينحط عنه من الكراء ذلك القدر

فقال ابن القاسم لايلزمه وقال غيره من اصحابه يلزمه وفروع هذا الباب كثيرة وليس قصدنا التفريع في هذا الكتاب .

(الجملة الثانية وهي النظر في الاحكام الطوارىء) الفصل الاول منه وهو النظر في الفسوخ فنقول ان الفقهاء اختلفوا فى عقد الاجارة فذهب الجمهور الى انه عقد لازم وحكى عن قوم انه عقد جائز تشبيها بالجعل والشركة والذين قالوا انه عقد لازم اختلفوا فيما ينفسخ به فذهب جماعة فقهاء الامصار مالك والشافعى وسفيان الثورى وأبو ثور وغيرهم الى انه لاينفسخ الا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة وقال أبو حنيفة وأصحابه يجوز فسخ عقد الاجارة للعذر الطارىء على المستاجر مثل ان يكرى دكانا يتجر فيه فيحترق متاعه أو يسرق وعمدة الجمهورقوله تعالى (أوفو بالعقود) لان الكراء عقد على منافع فاشبه النكاح ولانه عقدعلى معاوضة فلم ينفسخ أصله البيع وعمدة أبى حنيفة انه شبه ذهاب مابه تستوفي المنفعة بذهاب العين التى فيها المنفعة وقد اختلف قول مالك اذا كان الكراء في غير مخصوص على استيفاء منفعة من جنس مخصوص فقال عبد الوهاب الظاهر من مذهب أصحابنا ان محل استيفاء منافع لايتعين في الاجارة وانه وان عين فذلك كالوصف لاينفسخ ببيعه أوذهابه بخلاف العين المستأجرة اذا تلفت قال وذلك مثل ان يستأجر على رعاية غنم باعيانها أوخياطة قميص بعينه فتهلك الغنم ويحترق الثوب فلا ينفسخ العقد وعلى المستأجر ان يأتى بغنم مثلها ليرعاها أو قميص مثله ليخيطه قال وقد قيل انها تتعين بالتعيين فينفسخ العقد بتلف المحل وقال بعض المتأخرين ان ذلك ليس اختلافا في المذهب وانما ذلك على قسمين ، أحدهما ان يكون المحل المعين لاستيفاء المنافع مما تقصد عينه أومما لاتقصد عينه فان كان مما تقصد عينه انفسخت الاجارة كالظئر اذا مات الطفل وان كان ممالايقصد عينه لم تنفسخ كالاجارة على رعاية الغنم باعيانها أو بيع طعام في حانوت وماأشبه ذلك واشتراط ابن القاسم فى المدونة أنه اذا استاجر على غنم باعيانها فانه لايجوز الا ان يشترط الخلف هو التفات منه الى أنها تنفسخ بذهاب محل استيفاء المعين لكن لما رأى التلف سائقا الى الفسخ رأى أنه من باب الغرر فلم يجز الكراء عليها الا باشتراط الخلف . ومن نحوهذا اختلافهم فى هل ينفسخ الكراء بموت أحدالمتعاقدين أعنى المكرى او المكترى فقال مالك والشافعى واحمد واسحق وابو ثور لاينفسخ ويورث عقد الكراء وقال ابو حنيفة والثورى والليث ينفسخ وعمدة من لم يقل بالفسخ أنه عقدمعاوضة فلم ينفسخ بموت احدالمتعاقدين اصله البيع وعمدة الحنفية أن الموت

نقلة لاصل الرقبة المكتراة من ملك الى ملك فوجب ان يبطل اصله البيع في العين المستاجرة مدة طويلة اعنى انه لا يجوز فلما كان لا يجتمع العقدان معا غلب ههنا انتقال الملك والاتى الملك ليس له وارث وذلك خلاف الاجماع وربما شبهوا الاجارة بالنكاح اذ كان كلاهما استيفاء منافع والنكاح يبطل بالموت وهو بعيد وربما احتجوا على المالكية فقطبان الاجرة عندهم تستحق جزأ فجزأ بقدرمايقبض من المنفعة قالوا واذا كان هذا هكذا فان مات المالك وبقيت الاجارة فان المستاجر يستوفى فى ملك الوارث حقا بموجب عقد فى غير ملك العاقد وذلك لايصح وان مات المستاجر فتكون الاجرة مستحقة عليه بعد موته والميت لايثبت عليه دين باجماع بعد موته وأما الشافعية فلا يلزمهم هذا لان استيفاء الاجرة يجب عندهم بنفس العقد على ماسلف من ذلك وعند مالك ان ارض المطر اذا اكريت فمنع القحط من زراعتها او زرعها فلم ينبت الزرع لمكان القحط أن الكراء ينفسخ وكذلك اذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة فلم يتمكن المكترى من ان يزرعها وسائر الجوائح التى تصيب الزرع لايحط عنه من الكراء شيء وعنده ان الكراء الذى يتعلق بوقت مااانه ان كان ذلك الوقت مقصودا مثل كراء الرواحل في أيام الحج ففات المكرى عن ذلك الوقت انه تنفسخ الكراء . وأما إن لم يكن الوقت مقصودا فانه لاينفسخ هذا كله عنده في الكراء الذى يكون في الاعيان. فأما الكراء الذى يكون في الذمة فانه لاينفسخ عنده بذهاب العين التى قبض المستأجر ليستوفي منها المنفعة إذ كان لم ينعقد الكراء على عين بعينها وانما انعقد على موصوف في الذمة وفروع هذا الباب كثيرة وأصوله هى هذه التى ذكرناها .

(الفصل الثانى وهو النظر في الضمان)

والضمان عند الفقهاء على وجهين بالتعدى أو لمكان المصلحة وحفظ الاموال . فاما بالتعدى فيجب على المكرى باتفاق والخلاف انما هو في نوع التعدى الذى يوجب ذلك أولا يوجبه وفي قدره . فمن ذلك اختلاف العلماء في القضاء فيمن اكترى دابة الى موضع مافتعدى بها الى موضع زائد على الموضع الذى انعقد عليه الكراء فقال الشافعى وأحمد عليه الكراء الذى التزمه الى المسافة المشترطة ومثل كراء المسافة التى تعدى فيها وقال مالك رب الدابة بالخيار في ان يأخذ كراء دابته في المسافة التى تعدى فيها أو يضمن له قيمة الدابة وقال أبوحنيفة لاكراء عليه في المسافة المتعداة. ولاخلاف انها اذا تلفت في المسافة المتعداة انه ضامن لها فعمدة الشافعى انه تعدى على المنفعة فلزمه أجرة المثل أصله التعدى على سائر المنافع وأما مالك فكأنه لما حبس الدابة عن أسواقها رأى

انه قد تعدى عليهافيهابنفسها فشبهه بالغاصب وفيه ضعف . وأما مذهب أبي حنيفة فبعيد جداً عما تقتضيه الاصول الشرعية والاقرب الى الاصول في هـذه المسئلة هو قول الشافعي وعند مالك أن عثار الدابة لو كانت عثوراً تعد من صاحب الدابة يضمن بها الحمل وكذلك ان كانت الحبال رثة ومسائل هذا الباب كثيرة . وأما الذين اختلفوا في ضمانهم من غير تعد الا من جهة المصلحة فهم الصناع ولاخلاف عندهم ان الاجير ليس بضامن لماهلك عنده مما استؤجر عليه الا ان يتعـدى ماعدا حامل الطعام والطحان فان مالكا ضمنه ماهلك عنده الا ان تقوم له بينة على هلاكه من غير سببه . وأماتضمين الصناع ماادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة اليهم فانهم اختلفوا في ذلك فقال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف يضمنون ماهلك عندهم وقال أبو حنيفة لايضمن من عمل بغـير أجر ولا الخاص ويضمن المشترك ومن عمل باجر وللشافعي قولان في المشترك والخاص عنـدهم هو الذى يعمل في منزل المستأجر وقيل هو الذى لم ينتصب للناس وهو مذهب مالك في الخاص وهو عنده غير ضامن وتحصيل مذهب مالك على هذا ان الصانع المشترك يضمن وسواء عمل باجر أو بغـير أجر وبتضمين الصناع قال علي وعمر وان كان قد اختلف عن علي في ذلك وعمـدة من لم ير الضمان عليهم انه شبه الصانع بالمودع عنده والشريك والوكيل وأجير الغنم ومن ضمنه فلا دليل له إلا النظر الى المصلحة وسد الذريعة . واما من فرق بين ان يعملوا باجر أولا يعملوا باجر فلان العامل بغير أجر انما قبض المعمول لمنفعة صاحبه فقط فاشبه المودع واذاقبضها باجر فالمنفعة لكليهما فغلبت منفعة القابض أصله القرض والعارية عنـد الشافعي وكذلك أيضا من لم ينصب نفسه لم يكن في تضمينه سد ذريعة والاجير عنـد مالك كما قلنا لا يضمن الا أنه استحسن تضمين حامل القوت وما يجرى مجراه وكذلك الطحان وما عدى غيرهم فلا يضمن الا بالتعـدى وصاحب الحمام لا يضمن عنده هذا هو المشهور عنه وقد قيل يضمن وشذ أشهب فضمن الصناع ما قامت البينة على هلاكه عندهم من غير تعد منهم ولا تفريط وهو شذوذ ولا خلاف ان الصناع لايضمنون مالم يقبضوا في منازلهم واختلف أصحاب مالك اذا قامت البينة على هلاك المصنوع وسقط الضمان عنهم هل تجب لهم الاجرة أم لا اذا كان هلاكه بعد اتمام الصنعة أو بعـد تمام بعضها فقال ابن القاسم لاأجرة لهم وقال ابن المواز لهم الاجرة ووجه ماقال ابن المواز أن المصيبة اذا نزلت بالمستأجر فوجب ان لايمضي عمل الصانع باطلا ووجه ماقال ابن القاسم ان الاجرة انما استوجبت في مقابلة العمل فاشبه ذلك اذا هلك بتفريط من الاجير وقول ابن المواز اقيس وقول ابن القاسم أكثر نظراً الى المصلحة لانه رأى ان يشتركوا في المصيبة ومن هذا الباب اختلافهم في

ضمان صاحب السفينة فقال مالك لا ضمان عليه وقال أبو حنيفة عليه الضمان الا من الموج وأصل مذهب مالك ان الصناع يضمنون كل ما أتى على أيديهم من حرق أو كسر في المصنوع أو قطع اذا عمله في حانوته وان كان صاحبه قاعداً معه الا فيما كان فيه تغرير من الاعمال مثل ثقب الجوهر ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفران والطبيب يموت العليل من معالجته وكذلك البيطار الا ان يعلم انه تعدى فيضمن حينئذ . وأما الطبيب وما أشبهه اذا اخطأ في فعله وكان من أهل المعرفة فلا شيء عليه في النفس والدية على العاقلة فيما فوق الثلث وفي ماله فيما دون الثلث وان لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية قيل في ماله وقيل على العاقلة .

(الفصل الثالث)

وهو النظر في الاختلاف وفي هذا الباب أيضا مسائل : فمنها انهم اختلفوا اذا اختلف الصانع ورب المصنوع في صفة الصنعة فقال أبو حنيفة القول قول رب المصنوع وقال مالك وابن أبي ليلى القول قول الصانع * وسبب الخلاف من المدعى منهما على صاحبه ومن المدعى عليه ومنها اذا ادعى الصناع ردما استصنعوا فيه وأنكر ذلك الدافع فالقول عند مالك قول الدافع وعلى الصناع البينة لانهم كانوا ضامنين لما في أيديهم وقال ابن الماجشون القول قول الصناع ان كان ما دفع اليهم دفع بغير بينة وان كان دفع اليهم ببينة فلا يبرءون الا ببينة . واذا اختلف الصانع ورب المتاع في دفع الاجرة فالمشهور في المذهب أن القول قول الصانع مع يمينه ان قام بحدثان ذلك وان تطاول فالقول قول رب المصنوع وكذلك اذا اختلف المكرى والمكترى وقيل بل القول قول الصانع وقول المكرى وان طال وهو الاصل . واذا اختلف المكرى والمكترى أو الاجير والمستأجر في مدة الزمان الذى وقع فيه استيفاء المنفعة اذا اتفقا على أن المنفعة لم تستوف في جميع الزمان المضروب في ذلك فالمشهور في المذهب أن القول قول المكترى والمستأجر لانه الغارم والاصول على أن القول قول الغارم وقال ابن الماجشون القول قول المكترى له والمستأجر اذا كانت العين المستوفاة منها المنافع في قبضهما مثل الدار وما أشبه ذلك وأما ما لم يكن في قبضه مثل الاجير فالقول قول الاجير. ومن مسائل المذهب المشهورة في هذا الباب اختلاف المتكاريين في الدواب وفي الرواحل وذلك أن اختلافهما لا يخلو أن يكون في قدر المسافة أو نوعها أو قدر الكراء أو نوعه فان كان اختلافهما في نوع المسافة أو في نوع الكراء فالتحالف

والتفاسخ كاختلاف المتبايعين في نوع الثمن قال ابن القاسم انعقد أو لم ينعقد وقال غيره القول قول رب الدابة اذا انعقد وكان يشبه ما قال وان كان اختلافهما في قدر المسافة فان كان قبل الركوب أو بعد ركوب يسير فالتحالف والتفاسخ وان كان بعد ركوب كثير أو بلوغ المسافة التى يدعيها رب الدابة فالقول قول رب الدابة في المسافة ان انتقد وكان يشبه ما قال وان لم ينتقد واشبه قوله تحالفا ويفسخ الكراء على أعظم المسافتين فما جعل منه للمسافة التى ادعاها رب الدابة أعطيه وكذلك ان انتقد ولم يشبه قوله وان اختلفا في الثمن واتفقا على المسافة فالقول قول المكترى نقد أو لم ينقد لانه مدعى عليه وان اختلفا فى الامرين جميعا في المسافة والثمن مثل أن يقول رب الدابة بقرطبة اكتريت منك الى قرمونة بدينارين ويقول المكترى بل بدينار الى اشبيلية فان كان أيضا قبل الركوب أو بعد ركوب لا ضرر عليهما في الرجوع تحالفا وتفاسخا وان كان بعد سير كثير أو بلوغ المسافة التى يدعيها رب الدابة فان كان لم ينقد المكترى شيئا كان القول قول رب الدابة في المسافة والقول قول المكترى في الثمن ويغرم من الثمن ما يجب له من قرطبة الى قرمونة على أنه لو كان الكراء به الى اشبيلية وذلك أنه أشبه قول المكترى وان لم يشبه ما قال وأشبه ما قال رب الدابة غرم دينارين وان كان المكترى نقد الثمن الذى يدعى أنه للمسافة الكبرى وأشبه قول رب الدابة كان القول قول رب الدابة في المسافة ويبقى له ذلك الثمن الذى قبضه لا يرجع عليه بشىء منه اذ هو مدعى عليه في بعضه وهو يقول بل هو لى وزيادة فيقبل قوله فيه لانه قبضه ولا يقبل قوله في الزيادة ويسقط عنه مالم يقرب به من المسافة أشبه ما قال أو لم يشبه الا أنه اذا لم يشبه قسم الكراء الذى أقربه المكترى على المسافة كلها فيأخذ رب الدابة من ذلك ما ناب المسافة التى ادعاها وهذا القدر كاف في هذا الباب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الجعل ﴾

والجعل هو الاجارة على منفعة مظنون حصولها مثل مشارطة الطبيب على البرء والمعلم على الحذق والناشد على وجود العبد الآبق وقد اختلف العلماء في جوازه فقال مالك يجوز ذلك في اليسير بشرطين ، أحدهما ان لا يضرب لذلك أجلا . والثاني ان يكون الثمن معلوما وقال أبو حنيفة لا يجوز وللشافعي القولان وعمدة من أجازه قوله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) واجماع الجمهور على جوازه في الاباق والسؤال وما جاء في الاثر من أخذ الثمن على الرقية بام القرآن وقد تقدم ذلك وعمدة من منعه الغرر الذي فيه قياسا على سائر الاجارات ولا خلاف في مذهب مالك أن الجعل لا يستحق شيء منه الا بتمام العمل وأنه ليس بعقد لازم واختلف مالك وأصحابه من هذا الباب في كراء السفينة هل هو جعل أو اجارة فقال مالك ليس لصاحبها كراء الا بعد البلوغ وهو قول ابن القاسم ذهابا إلى أن حكمها حكم الجعل وقال ابن نافع من أصحابه له قدر ما بلغ من المسافة فاجرى حكمه مجرى الكراء وقال اصبغ ان لجج فهو جعل وان لم يلجج فهو اجارة له بحسب الموضع الذى وصل اليه والنظر في هذا الباب في جوازه ومحله وشروطه وأحكامه ومحله هو ماكان من الافعال لا ينتفع الجاعل بجزء منه لانه اذا انتفع الجاعل بجزء مما عمل الملتزم للجعل ولم يأت بالمنفعة التى انعقد الجعل عليها وقلنا على حكم الجعل أنه اذا لم يأت بالمنفعة التى انعقد الجعل عليها لم يكن له شيء فقد انتفع الجاعل بعمل المجعول من غير ان يعوضه من عمله باجر وذلك ظلم ولذلك يختلف الفقهاء في كثير من المسائل هل هو جعل أو اجارة مثل مسئلة السفينة المتقدمة هل هى مما يجوز فيها الجعل أولا يجوز مثل اختلافهم في المجاعلة على حفر الابار وقالوا في المغارسة انها تشبه الجعل من جهة والبيع من جهة وهى عند مالك ان يعطى الرجل أرضه لرجل على ان يغرس فيه عددا من الثمار معلوما فاذا استحق الثمر كان للغارس جزء من الارض متفق عليه .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب القراض ﴾

ولاخلاف بين المسلمين في جواز القراض وأنه مما كان في الجاهلية فاقره الاسلام وأجمعوا على أن صفته ان يعطى الرجل الرجل المال على أن يتجر به على جزء معلوم يأخذه العامل من ربح المال أى جزء كان مما يتفقان عليه ثلثا أو ربعا أو نصفا وأن هذا مستثنى من الاجارة المجهولة وأن الرخصة في ذلك انما هى لموضع الرفق بالناس وأنه لاضمان على العامل فيما تلف من راس المال اذا لم يتعدوان كان اختلفوا فيما هو تعد مما ليس بتعـد وكذلك أجمعوا بالجـملة على أنه لايقترون به شرط يزيد في مجهلة الربح أو فى الغرر الذى فيه وان كان اختلفوا فيما يقتضى ذلك من الشروط ممالايقتضى وكذلك اتفقوا على أنه يجوز بالدنانير والدراهم واختلفوا في غير ذلك وبالجملة فالنظر فيه في صفته وفي محله وفي شروطه وفى أحكامه ونحن نذكر في باب باب من هـذه الثلاثة الابواب مشهورات مسائلهم .

(الباب الاول في محله)

أما صفته فقد تقدمت وأنهم أجمعوا عليها : وأما محله فانهم أجمعوا على انه جائز بالدنانير والدراهم واختلفوا في العروض فجمهور فقهاء الامصار على أنه يجوز القراض بالعروض وجوزه ابن أبى ليلى وحجة الجمهوران رأس المال اذا كان عروضا كان غررا لانه يقبض العرض وهو يساوى قيمة ماويرده وهو يساوى قيمة غيرها فيكون رأس المال والربح مجهولا وأما أن كان رأس المال مابه يباع العروض فان مالكا منعه والشافعى أيضا وأجازه أبو حنيفة وعمدة مالك انه قارضه على مابيعت به السلعة وعلى بيع السلعة نفسها فكانه قراض ومنفعة مع ان مايبيع به السلعة مجهول فكانه انما قارضه على رأس مال مجهول ويشبه أن يكون أيضا انما منع المقارضة على قيم العروض لمكان مايتكلف المقارض في ذلك من البيع وحينئذ ينض رأس مال القراض وكذلك ان أعطاه العرض بالثمن الذى اشتراه به ولكنه أقرب الوجوه الى الجواز ولعل هذا هو الذى جوزه ابن أبى ليلى بل هو الظاهر من قولهم فانهم حكوا عنه أنه يجوز ان يعطى الرجل

ثوبا يبيعه فما كان فيه من ربح فهو بينهما وهذا انما هو على ان يجعلا أصل المال الثمن الذى اشترى به الثوب ويشبه أيضا ان جعل رأس المال الثمن ان يتهم القارض في تصديقه رب المال بحرصه على أخذ القراض منه واختلف قول مالك في القراض بالنقد من الذهب والفضة فروى عنه اشهب منع ذلك وروى ابن القاسم جوازه ومنعه في المصوغ وبالمنع في ذلك قال الشافعى والكوفي فمن منع القراض بالنقد شبهها بالعروض ومن أجازه شبهها بالدراهم والدنانير لقلة اختلاف اسواقها واختلف أيضا أصحاب مالك في القراض بالفلوس فمنعه ابن القاسم وأجازه اشهب وبه قال محمد بن الحسن وجمهور العلماء مالك والشافعى وأبو حنيفة على انه اذا كان لرجل على رجل دين لم يجز أن يعطيه له قراضا قبل أن يقبضه اما العلة عند مالك فمخافة أن يكون اعسر بماله فهو يريد أن يؤخره عنه على ان يزيد فيه فيكون الربا المنهى عنه . وأما العلة عند الشافعى وأبى حنيفة فان ما في الذمة لا يتحول ويعود أمانة واختلفوا في من امر رجلا ان يقبض دينا له على رجل آخر ويعمل فيه على جهة القراض فلم يجز ذلك مالك وأصحابه لانه رأى انه ازداد على العامل كلفة وهو ما كلفه من قبضه وهذا على أصله أن من اشترط منفعة زائدة فى القراض انه فاسد وأجاز ذلك الشافعى والكوفى قالوا لانه وكله على القبض لأنه جعل القبض شرطا فى المصارفة فهذا هو القول في محله . وأما صفته فهى الصفة التى قدمناها .

(الباب الثانى في مسائل الشروط)

وجملة ما لا يجوز من الشروط عند الجميع هى ما أدى عندهم الى غرر أو الى مجهلة زائدة ولا خلاف بين العلماء انه اذا اشترط أحدهما لنفسه من الربح شيئا زائدا غير ما انعقد عليه القراض ان ذلك لا يجوز لانه يصير ذلك الذى انعقد عليه القراض مجهولا وهذا هو الاصل عند مالك في ان لا يكون مع القراض بيع ولا كراء ولا سلف ولا عمل ولا مرفق يشترطه احدهما لصاحبه مع نفسه فهذه جملة ما اتفقوا عليه وان كان قد اختلفوا في التفصيل فمن ذلك اختلافهم اذا اشترط العامل الربح كله فقال مالك يجوز وقال الشافعى لا يجوز وقال أبو حنيفة هو قرض لا قراض فمالك رأى أنه احسان من رب المال تطوع اذ كان يجوز له أن يأخذ منه الجزء القليل من المال الكثير والشافعى رأى أنه غرر لانه ان كان خسران فعلى رب المال وبهذا يفارق القرض وان كان ربح فليس لرب المال فيه شيء ومنها اذا شرط رب المال الضمان على العامل فقال مالك لا يجوز القراض وهو فاسد وبه قال الشافعى وقال ابو حنيفة وأصحابه القراض جائز والشرط

باطل وعمدة مالك ان اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض ففسد وأما أبو حنيفة فشبهه بالشرط الفاسد في البيع على رأيه أن البيع جائز والشرط باطل اعتماداً على حديث بريرة المتقدم . واختلفوا في المقارض يشترط رب المال عليه خصوص التصرف مثل ان يشترط عليه تعيين جنس ما من السلع أو تعيين جنس ما من البيع أو تعيين موضع ما للتجارة أو تعيين صنف ما من الناس يتجر معهم فقال مالك والشافعي في اشتراط جنس من السلع لايجوز ذلك الا أن يكون ذلك الجنس من السلع لايختلف وقتاً ما من أوقات السنة وقال أبو حنيفة يلزمه ما اشترط عليه وان تصرف في غير ما اشترط عليه ضمن فمالك والشافعي رأيا ان هذا الاشتراط من باب التضييق على المقارض فيعظم الغرر بذلك وأبو حنيفة استخف الغرر الموجود في ذلك كما لو اشترط عليه أن لا يشتري جنسا ما من السلع لكان على شرطه في ذلك باجماع ولا يجوز القراض المؤجل عند الجمهور وأجازه أبو حنيفة الا أن يتفاسخا فمن لم يجزه رأى ان في ذلك تضييقا على العامل يدخل عليه مزيد غرر لانه ربما بارت عنده سلع فيضطر عند بلوغ الاجل الى بيعها فيلحقه في ذلك ضرر ومن أجاز الاجل شبه القراض بالاجارة ومن هذا الباب اختلافهم في جواز اشتراط رب المال زكاة الربح فقال مالك في الموطأ لايجوز ورواه عنه اشهب وقال ابن القاسم ذلك جائز ورواه عن مالك وبقول مالك قال الشافعي وحجة من لم يجزه انه تعود حصة العامل ورب المال مجهولة لانه لايدرى كم يكون المال في حين وجوب الزكاة فيه وتشبيها باشتراط زكاة أصل المال عليه أعني على العامل فانه لا يجوز باتفاق وحجة ابن القاسم انه يرجع الى جزء معلوم النسبة وان لم يكن معلوم القدر لان الزكاة معلومة النسبة من المال المزكى فكانه اشترط عليه في الربح الثلث الاربع العشر أو النصف الاربع العشر أو الربع الاربع عشر وذلك جائز وليس مثل اشتراطه زكاة رأس المال لان ذلك معلوم القدر غير معلوم النسبة فكان ممكنا ان يحيط بالربح فيبقى عمل المقارض باطلا وهل يجوز ان يشترط ذلك المقارض على رب المال في المذهب فيه قولان قيل بالفرق بين العامل ورب المال فقيل يجوز ان يشترطه العامل على رب المال ولا يجوز ان يشترطه رب المال على العامل وقيل عكس هذا . واختلفوا في اشتراط العامل على رب المال غلاما بعينه على أن يكون للغلام نصيب من المال فأجازه مالك والشافعي وأبو حنيفة وقال اشهب من أصحاب مالك لايجوز ذلك فمن أجاز ذلك شبهه بالرجل يقارض الرجلين ومن لم يجز ذلك رأى انها زيادة ازدادها العامل على رب المال فأما ان

اشترط العامل غلامه فقال الثورى لايجوز وللغلام فيما عمل اجرة المثل وذلك ان حظ العامل يكون عنده مجهولا .

(القول في أحكام القراض)

والاحكام منها ماهى أحكام القراض الصحيح ومنها ماهى أحكام القرض الفاسد وأحكام القراض الصحيح منها ماهى من موجبات العقد أعنى أنها تابعة لموجب العقد ومختلف فيها هل هى تابعة أوغير تابعة ومنها أحكام طوارىء تطرأ على العقد ممـا لم يكن موجبه من نفس العقد مثل التعدى والاختـلاف وغير ذلك ونحن نذكر من هـذه الاوصاف مااشتهر عند فقهاء الامصار ونبدأ من ذلك بموجبات العقد فنقول إنه أجمع العلماء على أن اللزوم ليس من موجبات عقد القراض وأن لكل واحد منهما فسخه مالم يشرع العامل في القراض . واختلفوا اذا شرع العامل فقال مالك هو لازم وهو عقد يورث فان مات وكان للمقارض بنون أمناء كانوا في القراض مثل أبيهم وان لم يكونوا أمناء كان لهم أن يأتوا بامين . وقال الشافعى وأبو حنيفة لكل واحد منهم الفسخ اذا شاء وليس هو عقد يورث فمالك ألزمه بعد الشروع في العمل لما فيه من ضرر ورآه من العقود الموروثة والفرقة الثانية شبهت الشروع في العمل بمابعد الشروع في العمل ولا خلاف بينهم أن المقارض انما ياخذ حظه من الربح بعـد أن ينض جميع رأس المال وانه ان خسر ثم تجر ثم ربح جبر الخسران من الربح واختلفوا في الرجل يدفع الى رجل مالا قراضا فيهلك بعضه قبل أن يعمل فيه ثم يعمل فيه فيربح فيريد المقارض أن يجعل رأس المال بقية المال بعد الذى هلك هل له ذلك أم لا . فقال مالك وجمهور العلماء ان صدقه رب المال أودفع رجل مالا قراضا الرجل فهلك منه جزء قبل أن يعمل فاخبره بذلك فصدقه ثم قال له يكون الباقى عندك قراضا على الشرط المتقدم لم يجز حتى يفاصله ويقبض منه رأس ماله وينقطع القراض الاول وقال ابن حبيب من أصحاب مالك إنه يلزمه القول ويكون الباقى قراضا وهذه المسئلة هى من أحكام الطوارىء ولكن ذكرناها هنا لتعلقها بوقت وجوب القسمة وهى من أحـكام العقد . واختلفوا هـل للعامل نفقة من المال المقارض عليـه أم لا على ثلاثة اقوال . فقال الشافعى في أشهر أقواله لانفقة له أصـلا الا أن ياذن له رب المـال . وقال قوم له نفقته وبه قال ابراهيم النخعى والحسن وهو أحد ماروى عن الشافعى . وقال آخرون له النفقة في السفر من طعامه وكسوته وليس له شيء في الحضر وبه قال مالك وأبو حنيفة والثورى وجمهور العلماء الا أن مالكا قال اذا كان المال يحمل ذلك وقال الثورى ينفق ذاهبا ولاينفق راجعا

وقال الليث يتغدى في المصر ولا يتعشى وروى عن الشافعي أن له نفقته في المرض والمشهور عنه مثل قول الجمهور أن لا نفقة له في المرض وحجة من لم يجزه ان ذلك زيادة منفعة في القراض ولم يجز أصله المنافع وحجة من أجازه أن عليه العمل في الصدر الاول ومن أجازه في الحضر شبهه بالسفر وأجمع علماء الامصار على أنه لا يجوز للعامل أن ياخذ نصيبه من الربح الا بحضرة رب المال وان حضور رب المال شرط في قسمة المال وأخذ العامل حصته وانه ليس يكفي في ذلك أن يقسمه بحضور بينة ولا غيرها :

(القول فى أحكام الطورىء)

واختلفوا اذ أخذ المقارض حصته من غير حضور رب المال ثم ضاع المال أو بعضه فقال مالك ان أذن له رب المال في ذلك فالعامل مصدق فيما ادعاه من الضياع. وقال الشافعي وأبو حنيفة والثوري ما أخذ العامل يرده ويجبر به رأس المال ثم يقتسمان فضلا ان كان هنالك. واختلفوا اذا هلك مال القراض بعد ان اشترى العامل به سلعة ما وقبل أن ينقده البائع فقال مالك البيع لازم للعامل ورب المال مخير ان شاء دفع قيمة السلعة مرة ثانية ثم تكون بينهما على ما شرطا من المقارضة وان شاء تبرأ عنها . وقال أبو حنيفة بل يلزم ذلك الشراء رب المال شبهه بالوكيل الا أنه قال يكون رأس المال فى ذلك القراض الثمن ولا يقتسمان الربح الا بعد حصوله عينا أعنى ثمن تلك السلعة التى تلفت أولا والثمن الثانى الذى لزمه بعد ذلك واختلفوا في بيع العامل من رب المال بعض سلع القراض فكره ذلك مالك وأجازه أبو حنيفة على الاطلاق وأجازه الشافعي بشرط أن يكونا قد تبايعا بما لا يتغابن الناس بمثله ووجه ما كره من ذلك مالك أن يكون يرخص له في السلعة من أجل ما قارضه فكأن رب المال أخذ من العامل منفعة سوى الربح الذى اشترط عليه ولا اعرف خلافا بين فقهاء الامصار انه ان تكارى العامل على السلع الى بلد فاستغرق الكراء قيم السلع وفضل عليه فضلة انها على العامل لا على رب المال لان رب المال انما دفع ماله اليه ليتجر به فما كان من خسران في المال فعليه وكذلك ما زاد على المال واستغرقه. واختلفوا في العامل يستدين مالا فيتجر به مع مال القراض . فقال مالك ذلك لا يجوز : وقال الشافعي وأبو حنيفة ذلك جائز ويكون الربح بينهما على شرطهما وحجة مالك أنه كما لا يجوز أن يستدين على المقارضة كذلك لا يجوز أن يأخذ دينا فيها . واختلفوا هل للعامل أن يبيع بالدين اذا لم يأمره به رب المال فقال مالك ليس له ذلك فان فعل ضمن

وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة له ذلك والجميع متفقون على أن العامل انما يجب له أن يتصرف في عقد القراض ما يتصرف فيه الناس غالبا في أكثر الاحوال فمن رأى أن التصرف بالدين خارج عما يتصرف فيه الناس في الاغلب لم يجزه ومن رأى أنه مما يتصرف فيه الناس أجازه واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة والليث في العامل يخلط ماله بمال القراض من غير اذن رب المال فقال هؤلاء كلهم ما عدا مالكا هو تعد ويضمن . وقال مالك ليس بتعد ولم يختلف هؤلاء المشاهير من فقهاء الامصار أنه ان دفع العامل رأس مال القراض الى مقارض آخر انه ضامن ان كان خسران وان كان ربح فذلك على شرطه ثم يكون الذى عمل شرطه على الذى دفع اليه فيوفيه حظه مما بقي من المال . وقال المزنى عن الشافعي ليس له الا أجرة مثله لانه عمل على فساد .

(القول فى حكم القراض الفاسد)

واتفقوا على أن حكم القراض الفاسد فسخه ورد المال الى صاحبه ما لم يفت بالعمل . واختلفوا اذا فات بالعمل ما يكون للعامل فيه في واجب عمله على أقوال، أحدها أنه يرد جميعه الى قراض مثله وهي رواية ابن الماجشون عن مالك وهو قوله وقول أشهب ، والثانى أنه يرد جميعه الى اجارة مثله وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وعبد العزيز بن أبى سلمة من أصحاب مالك وحكى عبد الوهاب أنها رواية عن مالك . والثالث أنه يرد الى قراض مثله ما لم يكن أكثر مما سماه وانما له الاقل مما سمى أو من قراض مثله ان كان رب المال هو مشترط الشرط على المقارض أو الاكثر من قراض مثله أو من الجزء الذى سمى له ان كان المقارض هو مشترط الشرط الذى يقتضى الزيادة التى من قبلها فسد القراض وهذا القول يتخرج رواية عن مالك ، والرابع أنه يرد الى قراض مثله في كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين على صاحبه في المال مما ليس ينفرد أحدهما بها عن صاحبه والى اجارة مثله في كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين خالصة لمشترطها مما ليست في المال وفي كل قراض فاسد من قبل الغرر والجهل وهو قول مطرف وابن نافع وابن عبد الحكم وأصبغ واختاره ابن حبيب . وأما ابن القاسم فاختلف قوله في القراضات الفاسدة فبعضها وهو الاكثر قال ان فيها أجرة المثل وفي بعضها قال فيها قراض المثل فاختلف الناس فى تأويل قوله فمنهم من حمل اختلاف قوله فيها على الفرق الذى ذهب اليه ابن عبد الحكم ومطرف وهو اختيار ابن حبيب واختيار جدى رحمة الله عليه ومنهم من لم يعلل قوله وقال ان مذهبه ان كل قراض فاسد ففيه أجرة

المثل الا تلك التى نص فيها قراض المثل وهى سبعة القراض بالعروض والقراض بالضمان والقراض الى أجل والقراض المبهم واذا قال له اعمل على أن لك في المال شركا واذا اختلف المتقارضان وأتيا بما لايشبه تحلفا على دعواها وأذا دفع اليه المال على ان لايشترى به الا بالدين فاشترى بالنقد أو على أن لايشترى الاسلعة كذا وكذا والسلعة غير موجودة فاشترى غير ما أمر به وهذه المسائل يجب أن ترد الى علة واحدة والا فهو اختلاف من قول ابن القاسم وحكى عبد الوهاب عن ابن القاسم انه فصل فقال ان كان الفساد من جهة العقد ردالى قراض المثل وان كان من جهة زيادة ازدادها أحدهما على الاخر ردالى أجرة المثل والاشبه ان يكون الامر في هذا بالعكس والفرق بين الاجرة وقراض المثل ان الاجرة تتعلق بذمة رب المال سواء كان في المال ربح أو لم يكن وقراض المثل هو على سنة القراض ان كان فيه ربح كان للعامل منه والا فلا شيء له .

﴿ في اختلاف المتقارضين ﴾ واختلف الفقهاء اذا اختلف العامل ورب المال في تسمية الجزء الذى تقارضا عليه فقال مالك القول قول العامل لانه عنده مؤتمن وكذلك الامر عنده في جميع دعاويه اذا أتى بما يشبه وقال الليث يحمل على قراض مثله وبه قال مالك اذا أتى بمالا يشبه وقال أبو حنيفة وأصحابه القول قول رب المال وبه قال الثورى وقال الشافعي يتحالفان ويتفاسخان ويكون له أجرة مثله ✡ وسبب اختلاف مالك وأبى حنيفة اختلافهم في سبب ورود النص بوجوب اليمين على المدعى عليه هل ذلك لانه مدعى عليه أولانه في الاغلب أقوى شبهة فمن قال لانه مدعى عليه قال القول قول رب المال ومن قال لانه أقواهما شبهة في الاغلب قال القول قول العامل لانه عنده مؤتمن وأما الشافعي فقاس اختلافهما على اختلاف المتبايعين في ثمن السلعة وهذا كاف في هذا الباب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد واله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب المساقات ﴾

(القول في المساقاة) اما أولا ففى جوازها والثانى في معرفة الفساد والصحة فيها والثالث فى أحكامها .

(القول في جواز المساقاة) فاما جوازها فعليه جمهور العلماء مالك والشافعى

والثورى وأبو يوسف ومحمد بن الحسن صاحبا أبى حنيفة وأحمد وداود وهى عندهم مستثناة بالسنة من بيع مالم يخلق من الاجارة المجهولة وقال أبو حنيفة لاتجوز المساقاة أصلا وعمدة الجمهور فى اجازتها حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع الى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرها اخرجه البخارى ومسلم وفى بعض رواياته أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ماتخرجه الارض والثمرة وما رواه مالك أيضا من مرسل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود خيبر يوم افتتح خيبر أقركم على ما أقركم الله على ان التمر بيننا وبينكم قال وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص بينه وبينهم ثم يقول ان شئتم فلكم وان شئتم فلى وكذلك مرسله أيضا عن سليمان بن يسار فى معناه وأما أبو حنيفة ومن قال بقوله فعمدتهم مخالفة هذا الاثر للاصول مع أنه حكم مع اليهود واليهود يحتمل ان يكون أقرهم على انهم عبيد ويحتمل ان يكون أقرهم على انهم ذمة الا انا اذا أنزلنا انهم ذمة كان مخالفا للاصول لانه بيع مالم يخلق وأيضا فانه من المزابنة وهو بيع التمر بالتمر متفاضلا لان القسمة بالخرص بيع بالخرص واستدلوا على مخالفته للاصول بما روى فى حديث عبد الله بن رواحة انه كان يقول لهم عند الخرص ان شئتم فلكم وتضمنون نصيب المسلمين وان شئتم فلى وأضمن نصيبكم وهذا حرام باجماع وربما قالوا ان النهى الوارد عن المخابرة هو ماكان من هذا الفعل بخيبر والجمهور يرون ان المخابرة هى كراء الأرض ببعض مايخرج منها قالوا ومما يدل على نسخ هذا الحديث أو انه خاص باليهود ماورد من حديث رافع وغيره من النهى عن كراء الارض بما يخرج منها لان المساقاة تقتضى جواز ذلك وهو خاص أيضا فى بعض روايات أحاديث المساقاة ولهذا المعنى لم يقل بهذه الزيادة مالك ولا الشافعى أعنى بما جاء من أنه صلى الله عليه وسلم ساقاهم على نصف ماتخرجه الارض والثمرة وهى زيادة صحيحة وقال بها أهل الظاهر.

(القول فى صحة المساقاة) والنظر فى الصحة راجع الى النظر فى أركانها وفى وقتها وفى شروطها المشترطة فى أركانها وأركانها أربعة المحل المخصوص بها والجزء الذى تنعقد عليه وصفة العمل الذى تنعقد عليه، والمدة التى تجوز فيها وتنعقد عليها.

(الركن الاول فى محل المساقاة) واختلفوا فى محل المساقاة فقال داود لاتكون المساقاة إلا فى النخل فقط وقال الشافعى فى النخل والكرم فقط، وقال مالك تجوز فى كل أصل ثابت كالرمان والتين والزيتون وما أشبه ذلك من غير ضرورة وتكون فى الاصول غير الثابتة كالمقاثى والبطيخ مع عجز صاحبها عنها وكذلك الزرع ولا

تجوز في شيء من البقول عند الجميع الا ابن دينار فانه أجازها فيه اذا نبتت قبل ان تستقل فعمدة من قصره على النخل أنها رخصة فوجب أن لا يتعدى بها محلها الذى جاءت فيه السنة . وأما مالك فرأى أنها رخصة ينقدح فيها سبب عام فوجب تعديته ذلك الى الغير وقد يقاس على الرخص عند قوم اذا فهم هنالك أسباب أعم من الاشياء التى علقت الرخص بالنص بها وقوم منعوا القياس على الرخص واما داود فهو يمنع القياس على الجملة فالمساقاة على أصوله مطردة . وأما الشافعى فانما أجازها في الكرم من قبل ان الحكم في المساقاة هو بالخرص وقد جاء في حديث عتاب بن أسيد الحكم بالخرص في النخل والكرم وان كان ذلك في الزكاة فكأنه قاس المساقاة في ذلك على الزكاة والحديث الذى ورد عن عتاب بن أسيد هو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثه وأمره ان يخرص العنب وتؤدى زكاته زبيبا كما تؤدى زكاة النخل تمراً ودفع داود حديث عتاب بن أسيد لانه مرسل ولانه انفرد به عبد الرحمن ابن اسحق وليس بالقوى .واختلفوا اذا كان مع النخل أرض بيضاء أو مع الثمار هل يجوز ان تساقى الارض مع النخل بجزء من النخل أو بجزء من النخل وبجزء مما يخرج من الارض فذهب الى جواز ذلك طائفة وبه قال صاحبا أبى حنيفة والليث وأحمد والثورى وابن أبى ليلى وجماعة وقال الشافعى وأهل الظاهر لاتجوز المساقاة الا في الثمر فقط وأما مالك فقال اذا كانت الارض تبعا للثمر وكان الثمر أكثر ذلك فلا باس بدخولها في المساقاة اشترط جزأ خارجا منها أولم يشترطه وحد ذلك الجزء بان يكون الثلث فادونه أعنى أن يكون مقدار كراء الارض الثلث من الثمر فادونه ولم يجز ان يشترط رب الارض ان يزرع البياض لنفسه لانها زيادة ازدادها عليه وقال الشافعى ذلك جائز وحجة من أجاز المساقاة عليهما جميعا أعنى على الارض بجزء مما يخرج منها حديث ابن عمر المتقدم وحجة من لم يجز ذلك ماروى من النهى عن كراء الارض بما يخرج منها في حديث رافع بن خديج وقد تقدم ذلك وقال أحمد بن حنبل أحاديث رافع مضطرب به الالفاظ وحديث ابن عمر أصح وأما تحديد مالك ذلك بالثلث فضعيف وهو استحسان مبنى على غير الاصول لان الاصول تقتضى انه لا يفرق بين الجائز من غير الجائز بالقليل والكثير من الجنس الواحد .ومنها اختلافهم في المساقاة فى البقل فأجازها مالك والشافعى وأصحابه ومحمد بن الحسن وقال الليث لاتجوز المساقاة في البقل وانما أجازها الجمهور لان العامل وان كان ليس عليه فيها سقى فيبقى عليه أعمال أخر مثل الابار وغير ذلك وأما الليث فيرى ان السقى بالماء هو الفعل الذى تنعقد عليه المساقاة ولمكانه وردت الرخصة فيها .

الركن الثانى

وأما الركن الذى هو العمل فان العلماء بالجملة أجمعوا على أن الذى يجب على العامل هو السقى والابار . واختلفوا فى الجذاذ على من هو وفى سد الحظار وتنقية العين والسانية . اما مالك فقال فى الموطا السنة فى المساقاة التى تجوز لرب الحائط ان يشترطه سد الحظار وخم العين وشرب الشراب وإبار النخل وقطع الجريد وجذ الثمر هذا وأشباهه هو على العامل وهذا الكلام يحتمل أن يفهم منه دخول هذه فى المساقاة بالشرط ويمكن أن يفهم منه دخولها فيها بنفس العقد . وقال الشافعى ليس عليه سد الحظار لانه ليس من جنس مايؤثر فى زيادة الثمرة مثل الابار والسقى . وقال محمد بن الحسن ليس عليه تنقية السوانى والانهار . وأما الجذاذ فقال مالك والشافعى هو على العامل الا أن مالكا قال ان اشترطه العامل على رب المال جاز . وقال الشافعى لايجوز شرطه وتنفسخ المساقاة ان وقع وقال أبو محمد بن الحسن الجذاذ بينهما نصفين وقال المحصلون من أصحاب مالك ان العمل فى الحائط على وجهين عمل ليس له تاثير فى اصلاح الثمر وعمل له تاثير فى اصلاحها والذى له تأثير فى اصلاحها منه مايتابد ويبقى بعد الثمر ومنه مالا يبقى بعد الثمر فاما الذى ليس له تاثير فى اصلاح الثمر فلا يدخل فى المساقاة لابنفس العقد ولا بالشرط الا الشىء اليسير منه . وأما ماله تأثير فى اصلاح الثمر ويبقى بعد الثمر فيدخل عنده بالشرط فى المساقاة لابنفس العقد مثل انشاء حفر بئر أو انشاء ظفيرة للماء أو انشاء غرس أو انشاء بيت يجنى فيه الثمر . وأما ماله تأثير فى اصلاح الثمر ولا يتابد فهو لازم بنفس العقد وذلك مثل الحفر والسقى وزبر الكرم وتقليم الشجر والتذكير والجذاذ وما أشبه ذلك وأجمعوا على ان ماكان فى الحائط من الدواب والعبيد أنه ليس من حق العامل واختلفوا فى شرط العامل ذلك على المساقى . فقال مالك يجوز ذلك فيما كان منها فى الحائط قبل المساقاة . وأما ان اشترط فيها مالم يكن فى الحائط فلا يجوز . وقال الشافعى لاباس بذلك وان لم يكن فى الحائط وبه قال ابن نافع من أصحاب مالك . وقال محمد بن الحسن لايجوز أن يشترطه العامل على رب المال ولو اشترطه رب المال على العامل جاز ذلك ووجه كراهيته ذلك مايلحق فى ذلك من الجهل بنصيب رب المال ومن أجازه رأى ان ذلك تافه ويسير ولتردد الحكم بين هذين الاصلين استحسن مالك ذلك فى الرقيق الذى يكون فى الحائط فى وقت المساقاة ومنعه فى غيرهم لان اشتراط المنفعة فى ذلك أظهر وانما فرق محمد بن الحسن لان اشتراطهما على العامل هو من جنس ماوجب عليه من المساقاة وهو العمل

بيده واتفق القائلون بالمساقاة على انه ان كانت النفقة كلها على رب الحائط وليس على العامل الا ان ما يعمل بيده ان ذلك لايجوز لانها اجارة بمالم يخلق فهذه هي صفات هذا الركن والشروط الجائزة فيه من غير الجائزة .

الركن الثالث

وأجمعوا على أن المساقاة تجوز بكل ما اتفقا عليه من أجزاء الثمر فاجاز مالك أن تكون الثمرة كلها للعامل كما فعل في القراض وقد قيل أن ذلك منحة لا مساقاة وقيل لا يجوز. واتفقوا على أنه لا يجوز فيها اشتراط منفعة زائدة مثل أن يشترط أحدهما على صاحبه زيادة دراهم أو دنانير ولا شيئاً من الاشياء الخارجة عن المساقاة الا الشيء اليسير عند مالك مثل سد الحظار واصلاح الظفيرة وهي مجتمع الماء ولا يجوز عند مالك ان يساقي على حائطين أحدهما على جزء والآخر على جزء آخر واحتج بفعله عليه السلام في خيبر وذلك انه ساقى على حوائط مختلفة بجزء واحد وفيه خلاف . وأكثر العلماء على أن القسمة بين العامل والمساقي في الثمر لا تكون الابالكيل وكذلك في الشركة وأنها لا تجوز بالخرص وأجاز قوم قسمتها بالخرص واختلف في ذلك أصحاب مالك واختلفت الرواية عنه فقيل يجوز وقيل لا يجوز من الثمار في الربوية ويجوز في غير ذلك وقيل يجوز باطلاق اذا اختلفت حاجة الشريكين وحجة الجمهور أن ذلك يدخله الفساد من جهة المزابنة ويدخله بيع الرطب بالتمر وبيع الطعام بالطعام نسيئة وحجة من أجاز قسمتها بالخرص تشبيهها بالعرية وبالخرص في الزكاة وفيه ضعف واقوى ما اعتمدوا عليه في ذلك ماجاء من الخرص في مساقات خيبر من مرسل سعيد بن المسيب وعطاء ابن يسار .

☆(الركن الرابع)☆

وأما اشتراط الوقت في المساقاة فهو صنفان وقت هو مشترط في جواز المساقاة ووقت هو شرط في صحة العقد وهو المحدد لمدتها. فاما الوقت المشترط في جواز عقدها فانهم اتفقوا على أنها تجوز قبل بدوالصلاح واختلفوا في جواز ذلك بعد بدوالصلاح فذهب الجمهور من القائلين بالمساقاة على أنه لايجوز بعد الصلاح . وقال سحنون من أصحاب مالك لابأس بذلك واختلف قول الشافعي في ذلك فمرة قال لايجوز ومرة قال يجوز وقد قيل عنه أنها لاتجوز اذا خلق الثمر وعمدة الجمهور أن مساقاة مابدا صلاحه من الثمر ليس فيه عمل ولاضرورة داعية الى المساقاة اذ كان يجوز بيعه في

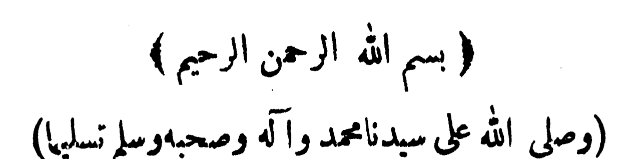
ذلك الوقت قالوا وانما هي اجارة ان وقعت وحجة من أجازها أنه اذا جازت قبل أن يخلق الثمر فهي بعد بدو الصلاح اجوز ومن هنا لم تجز عندهم مساقاة البقول لانه يجوز بيعها أعني عند الجمهور. وأما الوقت الذي هو شرط في مدة المساقاة فان الجمهور على أنه يجوز أن يكون مجهولا أعني مدة غير مؤقتة وأجاز طائفة أن يكون الى مدة غير مؤقتة منهم أهل الظاهر وعمدة الجمهور مايدخل في ذلك من الغرر قياسا على الاجارة وعمدة أهل الظاهر ماوقع في مرسل مالك من قوله صلى الله عليه وسلم أقركم ماأقركم الله وكره مالك المساقاة فيما طال من السنين وانقضاء السنين فيها هو بالجذلا بالاهلة. وأما هل اللفظ شرط في هذا العقد فاختلفوا في ذلك فذهب ابن القاسم الى أن من شرط صحتها أن لاتنعقد الا بلفظ المساقاة وأنه ليس تنعقد بلفظ الاجارة وبه قال الشافعي وقال غيرهم تنعقد بلفظ الاجارة وهو قياس قول سحنون.

القول في احكام الصحة

والمساقاة عند مالك من العقود اللازمة باللفظ لابالعمل بخلاف القراض عنده الذي ينعقد بالعمل لاباللفظ وهو عند مالك عقد مورث ولورثة المساقي أن يأتوا بأمين يعمل ان لم يكونوا أمناء وعليه العمل ان أبى الورثة من تركته. وقال الشافعي اذا لم يكن له تركة سلم الى الورثة رب المال أجرة ماعمل وفسد العقد وان كانت له تركة لزمته المساقاة. وقال الشافعي تنفسخ المساقاة بالعجز ولم يفصل. وقال مالك اذا عجز وقد حل بيع الثمر لم يكن له أن يساقي غيره ووجب عليه أن يستأجر من يعمل وان لم يكن له شيء استؤجر من حظه من الثمر واذا كان العامل لصا أو ظالما لم ينفسخ العقد بذلك عند مالك وحكي عن الشافعي أنه قال يلزمه أن يقيم غيره للعمل. وقال الشافعي اذا هرب العامل قبل تمام العمل استأجر القاضي عليه من يعمل عمله ويجوز عند مالك أن يشترط كل واحد منهما على صاحبه الزكاة بخلاف القراض ونصابهما عنده نصاب الرجل الواحد بخلاف قوله في الشركاء واذا اختلف رب المال والعامل في مقدار ما وقعت عليه المساقاة من الثمر. فقال مالك القول قول العامل مع يمينه اذا أتى بما يشبه. وقال الشافعي يتحالفان ويتفاسخان وتكون للعامل الاجرة شبهه بالبيع وأوجب مالك اليمين في حق العامل لانه مؤتمن ومن أصله أن اليمين تجب على أقوى المتداعيين شبهة وفروع هذا الباب كثيرة لكن التي اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء هي هذه التي ذكرناها.

احكام المساقاة الفاسدة

واتفقوا على أن المساقاة اذا وقعت على غير الوجه الذى جوزها الشرع أنها تنفسخ ما لم تفت بالعمل واختلفوا اذا فاتت بالعمل ماذا يجب فيها فقيل إنها ترد الى اجارة المثل في كل نوع من أنواع الفساد وهو قياس قول الشافعي وقياس احدى الروايتين عن مالك وقيل أنها ترد الى مساقاة المثل باطلاق وهو قول ابن الماجشون وروايته عن مالك . وأما ابن القاسم فقال في بعضها ترد الى مساقاة مثلها وفي بعضها الي اجارة المثل واختلف التأويل عنه في ذلك فقيل في مذهبه أنها ترد الى اجارة المثل الا في أربع مسائل فانها ترد الى مساقاة مثلها ؛ أحدها المساقاة في حائط فيه تمر قد أطعم . والثانية اذا اشترط المساقى على رب المال أن يعمل معه ، والثالثة المساقاة مع البيع في صفقة واحدة ، والرابعة اذا ساقاه فى حائط سنة على الثلث وسنة على النصف وقيل أن الاصل عنده في ذلك أن المساقاة اذا لحقها الفساد من قبل ما دخلها من الاجارة الفاسدة أو من بيع الثمر من قبل أن يبدو صلاحه وذلك مما يشترطه أحدهما على صاحبه من زيادة رد فيها الى أجرة المثل مثل أن يساقيه على أن يزيد أحدهما صاحبه دنانير أو دراهم وذلك أن هذه الزيادة ان كانت من رب الحائط كانت اجارة فاسدة وان كانت من العامل كانت بيع الثمر قبل أن يخلق . وأما فساده من قبل الغرر مثل المساقاة على حوائط مختلفة فيرد الى مساقاة المثل وهذا كله استحسان جار على غير قياس وفي المسئلة قول رابع وهو أنه يرد الى مساقاة مثله ما لم يكن أكثر من الجزء الذى شرط عليه ان كان الشرط للمساقى أو أقل ان كان الشرط للمساقى وهذا كاف بحسب غرضنا .



(بسم الله الرحمن الرحيم)

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الشركة

والنظر في الشركة في أنواعها وفي أركانها الموجبة للصحة في الاحكام ونحن نذكر من هذه الابواب ما اتفقوا عليه وما اشتهر الخلاف فيه بينهم على ما قصدناه في

هذا الكتاب والشركة بالجملة عند فقهاء الامصار على أربعة أنواع . شركة العنان. وشركة الابدان . وشركة المفاوضة . وشركة الوجوه واحدة منها متفق عليها وهي شركة العنان وان كان بعضهم لم يعرف هذا اللفظ وان كانوا اختلفوا في بعض شروطها على ما سيأتي بعد والثلاثة مختلف فيها ومختلف في بعض شروطها عند من اتفق منهم عليها .

(القول في شركة العنان)

وأركان هذه الشركة ثلاثة الاول محلها من الاموال . والثاني في معرفة قدر الربح من قدر المال المشترك فيه . والثالث في معرفة قدر العمل من الشريكين من قدر المال .

(الركن الاول)

فاما محل الشركة فمنه ما اتفقوا عليه ومنه ما اختلفوا فيه فاتفق المسلمون على أن الشركة تجوز في الصنف الواحد من العين أعني الدنانير والدراهم وان كانت في الحقيقة بيعا لا تقع فيه مناجزة ومن شرط البيع في الذهب وفي الدراهم المناجزة لكن الاجماع خصص هذا المعنى في الشركة وكذلك اتفقوا فيما أعلم على الشريكين بالعرضين يكونان بصفة واحدة . واختلفوا في الشركة بالعرضين المختلفين وبالعيون المختلفة مثل الشركة بالدنانير من أحدهما والدراهم من الآخر وبالطعام الربوى اذا كان صنفا واحدا فههنا ثلاث مسائل .

(المسئلة الاولى) فاما اذا اشتركا في صنفين من العروض أو في عروض ودراهم أو دنانير فأجاز ذلك ابن القاسم وهو مذهب مالك وقد قيل عنه أنه كره ذلك وسبب الكراهية اجتماع الشركة فيها والبيع وذلك أن يكون العرضان مختلفين كان كل واحد منهما باع جزأ من عرضه بجزء من العرض الآخر ومالك يعتبر في العروض اذا وقعت فيها الشركة القيم والشافعي يقول لا تنعقد الشركة الا على أثمان العروض وحكى أبو حامد أن ظاهر مذهب الشافعي يشير الى أن الشركة مثل القراض لا تجوز الا بالدراهم والدنانير . قال والقياس أن الاشاعة فيها تقوم مقام الخلط.

(المسئلة الثانية) وأما ان كان الصنفان مما لا يجوز فيهما النساء مثل الشركة بالدنانير من عند أحدهما والدراهم من عند الآخر أو بالطعامين المختلفين فاختلف في ذلك قول مالك فاجازه مرة ومنعه مرة وذلك لما يدخل الشركة بالدراهم من عند أحدهما والدنانير من عند الآخر من الشركة والصرف وعدم التناجز ولما يدخل

الطعامين المختلفين من الشركة وعدم التناجز وبالمنع قال ابن القاسم ومن لم يعتبر هذه العلل اجازها .

(المسئلة الثالثة) وأما الشركة بالطعام من صنف واحد فاجازها ابن القاسم قياسا على اجماعهم على جوازها في الصنف الواحد من الذهب أوالفضة ومنعها مالك في أحد قوليه وهو المشهور بعدم المناجزة الذى يدخل فيه اذ رأى أن الاصل هو أن لا يقاس على موضع الرخصة بالاجماع وقد قيل ان وجه كراهية مالك لذلك أن الشركة تفتقر الى الاستواء فى القيمة والبيع يفتقر الى الاستواء في الكيل فافتقرت الشركة بالطعامين من صنف واحد الى استواء في القيمة والكيل وذلك لايكاد يوجد فكره مالك ذلك فهذا هو اختلافهم في جنس محل الشركة . واختلفوا هل من شرط مال الشركة ان يختلط أولا يختلط فقال مالك ان من شرط مالى الشركة ان يختلطا اما حسا واما حكما مثل أن يكونا في صندوق واحد وأيديهما مطلقة عليهما ، وقال الشافعى لاتصح الشركة حتى يخلطا ماليهما خلطا لايتميز به مال احدهما من مال الآخر وقال أبو حنيفة تصح الشركة وان كان مال كل واحد منهما بيده فابو حنيفة اكتفى في انعقاد الشركة بالقول ومالك اشترط الى ذلك اشتراك التصرف في المال والشافعى اشترط الى هذين الاختلاط والفقه ان بالاختلاط يكون عمل الشريكين افضل وأتم لان النصح يوجد منه لشريكه كما يوجد لنفسه فهذا هو القول في هذا الركن وفي شروطه .

(فاما الركن الثانى) وهو وجه اقتسامهما الربح فانهم اتفقوا على أنه اذا كان الربح تابعا لرؤس الاموال أعنى ان كان أصل مالى الشركة متساويين كان الربح بينهما بنصفين واختلفوا هل يجوز ان يختلف رؤس اموالهما ويستويان في الربح فقال مالك والشافعى ذلك لايجوز وقال أهل العراق يجوز ذلك وعمدة من منع ذلك تشبيه الربح بالخسران فكما انه لو اشترط أحدهما جزأ من الخسران لم يجز كذلك اذا اشترط جزأ من الربح خارجا عن ماله وربما شبهوا الربح بمنفعة العقار الذى بين الشركين أعنى أن المنفعة بينهما تكون على نسبة أصل الشركة . وعمدة أهل العراق تشبيه الشركة بالقراض وذلك أنه لما جاز في القراض أن يكون للعامل من الربح ما اصطلحا عليه والعامل ليس يجعل مقابله الا عملا فقط كان فى الشركة احرى ان يجعل للعمل جزء من المال اذ كانت الشركة مالا من كل واحد منهما وعملا فيكون ذلك الجزء من الربح مقابلا لفضل عمله على عمل صاحبه فان الناس يتفاوتون في العمل كما يتفاوتون في غير ذلك .

(وأما الركن الثالث) الذى هو العمل فانه تابع كما قلنا عند مالك للمال فلا

يعتبر بنفسه وهو عند أبي حنيفة يعتبر مع المال وأظن أن من العلماء من لايجيز الشركة الا أن يكون مالاهما متساويين التفاتا الى العمل فانهم يرون أن العمل فى الغالب مستو فاذا لم يكن المال بينهما على التساوى كان هنالك غبن على أحدهما في العمل ولهذا قال ابن المنذر أجمع العلماء على جواز الشركة التي يخرج فيها كل واحد من الشريكين مالا مثل مال صاحبه من نوعه أعني دراهم أو دنانير ثم يخلطانهما حتى يصيرا مالا واحداً لايتميز على أن يبيعا ويشتريا مارآيا من أنواع التجارة وعلى ان ماكان من فضل فهو بينهما بنصفين وما كان من خسارة فهو كذلك وذلك اذا باع كل واحد منهما بحضرة صاحبه واشتراطه هذا الشرط يدل على أن فيه خلافا . والمشهور عند الجمهور انه ليس من شرط الشركة ان يبيع كل واحد منهما بحضرة صاحبه .

﴿القول فى شركة المفاوضة﴾

واختلفوا في شركة المفاوضة فاتفق مالك وأبو حنيفة بالجملة على جوازها وان كان اختلفوا في بعض شروطها وقال الشافعى لايجوز . ومعنى شركة المفاوضة ان يفوض كل واحد من الشريكين الى صاحبه التصرف فى ماله مع غيبته وحضوره وذلك واقع عندهم فى جميع أنواع المتملكات وعمدة الشافعى ان اسم الشركة انما ينطلق على اختلاط الاموال فان الارباح فروع ولا يجوز ان تكون الفروع مشتركة الا باشتراك اصولها وأما اذا اشترط كل واحد منهما ربحا لصاحبه في ملك نفسه فذلك من الغرر ومما لايجوز وهذه صفة شركة المفاوضة وأما مالك فيرى أن كل واحد منهما قد باع جزأ من ماله بجزء من مال شريكه ثم وكل كل واحد منهما صاحبه على النظر في الجزء الذى بقي فى يده والشافعى يرى أن الشركة ليست هي بيعا ووكالة وأما أبوحنيفة فهو ههنا على أصله في انه لايراعى في شركة العنان الا النقد فقط وأما مايختلف فيه مالك وأبو حنيفه من شروط هذه الشركة فان أبا حنيفة يرى ان من شرط المفاوضة التساوى في رؤس الاموال وقال مالك ليس من شرطها ذلك تشبيها بشركة العنان وقال أبو حنيفة لايكون لاحدهما شيء الا ان يدخل فى الشركة وعمدتهم أن اسم المفاوضة يقتضى هذين الامرين أعنى تساوى المالين وتعميم ملكهما .

﴿القول في شركة الابدان﴾

وشركة الابدان بالجملة عند أبى حنيفة والمالكية جائزة ومنع منها الشافعى وعمدة

الشافعية أن الشركة انما تختص بالاموال لا بالاعمال لان ذلك لاينضبط فهو غرر عندهم اذ كان عمل كل واحد منهما مجهولا عند صاحبه وعمدة المالكية اشتراك الغانمين في الغنيمة وهم انما استحقوا ذلك بالعمل وما روى من ان ابن مسعود شارك سعداً يوم بدر فأصاب سعد فرسين ولم يصب ابن مسعود شيئاً فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم عليهما وأيضا فان المضاربة انما تنعقد على العمل فجاز أن تنعقد عليه الشركة وللشافعي ان المفاوضة خارجة عن الاصول فلا يقاس عليها وكذلك يشبه أن يكون حكم الغنيمة خارجا عن الشركة ومن شرطها عند مالك اتفاق الصنعتين والمكان وقال أبو حنيفة تجوز مع اختلاف الصنعتين فيشترك عنده الدباغ والقصار ولايشتركان عندمالك وعمدة مالك زيادة الغرر الذى يكون عند اختلاف الصنعتين أو اختلاف المكان وعمدة أبى حنيفة جواز الشركة على العمل :

(القول في شركة الوجوه الصحيحة)

وشركة الوجوه عند مالك والشافعي باطلة وقال أبو حنيفه هي جائزة وهذه الشركة هى الشركة على الذمم من غير صنعة ولامال وعمدة مالك والشافعي ان الشركة انما تتعلق على المال أو على العمل وكلاهما معدومان فى هذه المسئلة مع مافى ذلك من الغرر لان كل واحد منهما عاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص وأبو حنيفة يعتمدانه عمل من الاعمال فجاز أن تنعقد عليه الشركة .

(القول في أحكام الشركة الصحيحة)

وهى من العقود الجائزة لامن العقود اللازمة أى لاحد الشريكين ان ينفصل من الشركة متى شاء وهى عقد غير موروث ونفقتهما وكسوتهما من مال الشركة اذا تقاربا في العيال ولم يخرجا عن نفقة مثلهما ويجوز لاحد الشريكين ان يبضع وان يقارض وان يودع اذا دعت الى ذلك ضرورة ولايجوز له ان يهب شيئا من مال الشركة ولا ان يتصرف فيه الا تصرفا يرى أنه نظر لهما . وأما من قصر فى شىء أو تعدى فهو ضامن مثل أن يدفع مالا من التجارة فلا يشهد وينكره القابض فانه يضمن لانه قصر اذ لم يشهد وله ان يقبل الشئ المعيب في الشراء واقرار أحد الشريكين في مال لمن يتهم عليه لايجوز وتجوز اقالته وتوليته ولا يضمن أحد الشريكين ماذهب من مال التجارة باتفاق ولا يجوز للشريك المفاوض ان يقارض غيره الا باذن شريكه ويتنزل كل واحد منهما منزلة صاحبه فيماله وفيماعليه في مال التجارة وفروع هذا الباب كثيرة .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ﴾

(كتاب الشفعة)

والنظر في الشفعة أولا في قسمين * القسم الاول في تصحيح هذا الحكم وفي اركانه * القسم الثاني في أحكامه .

﴿ القسم الاول ﴾

فاما وجوب الحكم بالشفعة فالمسلمون متفقون عليه لما ورد في ذلك من الاحاديث الثابته وأركانها ، أربعة الشافع ، والمشفوع عليه ، والمشفوع فيه ، وصفة الاخذ بالشفعة

﴿ الركن الاول ﴾

وهو الشافع ذهب مالك والشافعي وأهل المدينة الى ان لا شفعة الا للشريك مالم يقاسم وقال أهل العراق الشفعة مرتبة فاولى الناس بالشفعة الشريك الذي لم يقاسم ثم الشريك المقاسم اذا بقيت في الطرق أو في الصحن شركة ثم الجار الملاصق وقال أهل المدينة لاشفعة للجار ولا للشريك المقاسم وعمدة أهل المدينة مرسل مالك عن ابن شهاب عن أبى سلمة بن عبد الرحمن وسعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم : قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فاذا وقعت الحدود بينهم فلا شفعة وحديث جابر أيضا أن رسول الله صلى عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود فلا شفعة خرجه مسلم والترمذى وأبو داود وكان أحمد بن حنبل يقول حديث معمر عن الزهرى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن عن مالك أصح ماروى في الشفعة وكان ابن معين يقول مرسل مالك أحب الى اذ كان مالك انما رواه عن ابن شهاب موقوفا وقد جعل قوم هذا الاختلاف على ابن شهاب في إسناده توهينا له وقد روى عن مالك في غير الموطأ عن ابن شهاب عن أبى هريرة ووجه استدلالهم من هذا الاثر ماذكر فيه من أنه اذا وقعت الحدود فلا شفعة وذلك انه اذا كانت الشفعة غير واجبة للشريك المقاسم فهى أحرى أن لاتكون واجبة للجار وأيضا فان الشريك المقاسم هو جار اذا قاسم وعمدة أهل العراق حديث ابن رافع عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال: الجار أحق بصقبه وهو حديث

متفق عليه وخرج الترمذى وأبو داود عنه عليه السلام انه قال : جار الدار أحق بدار الجار وصححه الترمذى ومن طريق المعنى لهم أيضا انه لما كانت الشفعة انما المقصود منها دفع الضرر الداخل من الشركة وكان هذا المعنى موجودا في الجار وجب أن يلحق به ولاهل المدينة أن يقولوا وجود الضرر في الشركة أعظم منه في الجوار وبالجملة فعمدة المالكية ان الاصول تقتضى أن لا يخرج ملك أحد من يده الا برضاه وأن من اشترى شيئا فلا يخرج من يده الا برضاه حتى يدل الدليل على التخصيص وقد تعارضت الآثار في هذا الباب فوجب أن يرجح ماشهدت له الاصول ولكلا القولين سلف متقدم لاهل العراق من التابعين ولاهل المدينة من الصحابة .

﴿ الركن الثانى ﴾

وهو المشفوع فيه اتفق المسلمون على أن الشفعة واجبة في الدور والعقار والارضين كلها واختلفوا فيما سوى ذلك فتحصيل مذهب مالك انها في ثلاثة أنواع ، أحدها مقصود وهو العقار من الدور والحوانيت والبساتين ، والثانى مايتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول وذلك كالبئر ومحال النخل مادام الاصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه وهو أن يكون الاصل الذى هو الارض مشاعا بينه وبين شريكه غير مقسوم ، والثالث ما تعلق بهذه كالثمار وفيها عنه خلاف وكذلك كراء الارض للزرع وكتابة المكاتب واختلف عنه في الشفعة في الحمام والرحا وأما ما عدى هذا من العروض والحيوان فلا شفعة فيها عنده وكذلك لا شفعة عنده في الطريق ولا في عرصة الدار واختلف عنه في أكرية الدور وفي المساقاة وفي الدين هل يكون الذى عليه الدين أحق به وكذلك الذى عليه الكتابة وبه قال عمر بن عبد العزيز وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في الدين وبه قال أشهب من أصحاب مالك وقال ابن القاسم لا شفعة في الدين ولم يختلفا في ايجابها في الكتابة لحرمة العتق وفقهاء الامصار أن لا شفعة الا في العقار فقط وحكى عن قوم ان الشفعة في كل شيء ماعدى المكيل والموزون ولم يجز أبو حنيفة الشفعة في البئر والفحل وأجازها في العرصة والطريق ووافق الشافعى مالكا في العرصة وفي الطريق وفي البئر وخالفاه جميعا في الثمار وعمدة الجمهور في قصر الشفعة على العقار ماورد في الحديث الثابت من قوله عليه السلام : الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فكانه قال الشفعة فيما تمكن فيه القسمة مادام لم يقسم وهذا استدلال بدليل الخطاب وقد أجمع عليه في هذا الموضع فقهاء الامصار مع اختلافهم في صحة الاستدلال به . وأما عمدة من أجازها في كل شيء فما

خرجه الترمذى عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الشريك شفيع والشفعة في كل شيء ولان معنى ضرر الشركة والجوار موجود في كل شيء وان كان في العقار أظهر ولما لحظ هذا مالك أجرى مايتبع العقار مجرى العقار فاستدل أبوحنيفة على منع الشفعة في البئر بما روى : لاشفعة في بئر ومالك حمل هـذا الاثر على آبار الصحارى التى تعمل في الارض الموات لاالتى تكون في أرض متملكة .

(الركن الثالث)

وأما المشفوع عليه فانهم اتفقوا على أنه من انتقل اليه الملك بشراء من شريك غير مقاسم أومن جار عند من يرى الشفعة للجار. واختلفوا فيمن انتقل اليه الملك بغير شراء فالمشهور عن عن مالك ان الشفعة انما تجب اذا كان انتقال الملك بعوض كالبيع والصلح والمهر وارش الجنايات وغير ذلك وبه قال الشافعى وعنه رواية ثانية انها تجب بكل ملك انتقل بعوض أو بغير عوض كالهبة لغير الثواب والصدقة ماعدا الميراث فانه لاشفعة عند الجميع فيه باتفاق. وأما الحنيفة فالشفعه عندهم فى المبيع فقط وعمدة الحنيفة ظاهر الاحاديث وذلك ان مفهومها يقتضى انها في المبيعات بل ذلك نص فيها لان في بعضها فلا يبع حتى يستأذن شريكه . وأما المالكية فرأت أن كل ما انتقل بعوض فهو فى معنى البيع ووجه الرواية الثانية أنها اعتبرت الضرر فقط وأما الهبة للثواب فلا شفعة فيها عند أبى حنيفة ولا الشافعى أما أبو حنيفة فلان الشفعة عنده في المبيع فقط وأما الشـافعى فلان هبة الثواب عنده باطلة وأما مالك فلا خلاف عنده وعند أصحابه في أن الشفعة فيها واجبة واتفق العلماء على أن المبيع الذى بالخيار أنه اذا كان الخيار فيه للبائع ان الشـفعة لا تجب حتى يجب البيع واختلفوا اذا كان الخيار للمشترى فقال الشافعى والكوفيون الشفعة واجبة عليه لان البائع قد صرم الشقص عن ملكه وأبانه منه وقيل أن الشفعة غير واجبة عليه لانه غير ضامن وبه قال جماعة من أصحاب مالك واختلف في الشفعة في المساقاة وهي تبديل أرض بأرض فعن مالك في ذلك ثلاث روايات الجواز والمنع والثالث أن تكون المناقلة بين الاشراك أو الاجانب فلم يرها في الاشراك ورآها في الاجانب .

(الركن الرابع في الاخذ بالشفعة)

والنظر في هذا الركن بماذا يأخذ الشفيع وكم يأخذ ومتى يأخذ فاما بماذا يأخذ فانهم اتفقوا على أنه يأخذ في البيع بالثمن ان كان حالا واختلفوا اذا كان البيع الى أجـل هل

يأخذه الشفيع بالثمن الى ذلك الاجل أو يأخذ المبيع بالثمن حالا أو هو مخير فقال مالك يأخذه بذلك الاجل اذا كان مليا أو يأتى بضامن ملىء وقال الشافعى الشفيع مخير فان عجل تعجلت الشفعة والا تتأخر الى وقت الاجل وهو نحو قول الكوفيين وقال الثورى لا يأخذها الا بالنقد لانها قد دخلت في ضمان الاول قال ومنا من يقول تبقى في يد الذى باعها فاذا بلغ الاجل أخذها الشفيع والذين رأوا الشفعة في سائر المعاوضات مما ليس ببيع فالمعلوم عنهم انه يأخذ الشفعة بقيمة الشقص ان كان العوض مما ليس يتقدر مثل ان يكون معطى في خلع واما أن يكون معطى في شيء يتقدر ولم يكن دنانير ولا دراهم ولا بالجملة مكيلا ولا موزونا فانه يأخذه بقيمة ذلك الشيء الذى دفع الشقص فيه وان كان ذلك الشيء محدود القدر بالشرع أخذ ذلك الشقص بذلك القدر مثل أن يدفع الشقص في موضحة وجبت عليه أو منقلة فانه ياخذه بدية الموضحة أو المنقلة . وأما كم ياخذ فان الشفيع لا يخلو أن يكون واحداً أو أكثر والمشفوع عليه أيضاً لا يخلو أن يكون واحداً أو أكثر فاما ان كان الشفيع واحداً والمشفوع عليه واحداً فلا خلاف فى ان الواجب على الشفيع أن يأخذ الكل أو يدع . وأما اذا كان المشفوع عليه واحدا والشفعاء أكثر من واحد فانهم اختلفوا من ذلك في موضعين ، أحدهما في كيفية قسمة المشفوع فيه بينهم ، والثانى اذا اختلفت أسباب شركتهم هل يحجب بعضهم بعضا عن الشفعة أم لا مثل أن يكون بعضهم شركاء في المال الذى ورثوه لانهم أهل سهم واحد وبعضهم لانهم عصبة .

(فأما المسئلة الاولى)

وهي كيفية توزيع المشفوع فيه فان مالكا والشافعي وجمهور أهل المدينة يقولون أن المشفوع فيه يقتسمونه بينهم على قدر حصصهم فمن كان نصيبه من أصل المال الثلث مثلا أخذ من الشقص بثلث الثمن ومن كان نصيبه الربع أخذ الربع وقال الكوفيون هي على عدد الرؤس على السواء وسواء في ذلك الشريك ذو الحظ الاكبر وذو الحظ الاصغر وعمدة المدنيين أن الشفعة حق يستفاد وجوبه بالملك المتقدم فوجب أن يتوزع على مقدار الاصل أصله الاكرية فى المستأجرات المشتركة والربح في شركة الاموال وأيضا فان الشفعة إنما هي لازالة الضرر والضرر داخل على كل واحد منهم على غير استواء لانه إنما يدخل على كل واحد منهم بحسب حصته فوجب ان يكون استحقاقهم لدفعه على تلك النسبة وعمدة الحنفية ان وجوب الشفعة انما يلزم بنفس الملك فيستوى في ذلك أهل الحظوظ المختلفة

لاستوائهم في نفس الملك وربما شبهوا ذلك بالشركاء في العبد يعتق بعضهم نصيبه أنه يقوم على المعتقين على السوية أعنى حظ من لم يعتق

(واما المسئلة الثانية) فان الفقهاء اختلفوا فى دخول الاشراك الذين هم عصبة في الشفعة مع الاشراك الذين شركتهم من قبل السهم فقال مالك أهل السهم الواحد أحق بالشفعة اذا باع أحدهم من الاشراك معهم في المال من قبل التعصيب وانه لايدخل ذو والعصبة في الشفعة أهل السهام المقدرة ويدخل ذوالسهام على ذوى التعصيب مثل ان يموت ميت فيترك عقاراً ترثه عنه بنتان وابناعم ثم تبيع البنت الواحدة حظها فان البنت الثانية عند مالك هي التى تشفع في ذلك الحظ الذى باعته اختها فقط دون ابنى العم وان باع أحد ابنى العم نصيبه يشفع فيه البنات وابن العم الثانى وبهذا القول قال ابن القاسم وقال أهل الكوفة لايدخل ذو السهام على العصبات ولا العصبات على ذوى الاسهام ويتشافع أهل السهم الواحد فيما بينهم خاصة وبه قال أشهب وقال الشافعى في أحد قوليه يدخل ذوو السهام على العصبات والعصبات على ذوى السهام وهو الذى اختاره المزنى وبه قال المغيرة من أصحاب مالك وعمدة مذهب الشافعى عموم قضائه صلى الله عليه وسلم بالشفعة بين الشركاء ولم يفصل ذوى سهم من عصبة ومن خصص ذوى السهام من العصبات فلانه رأى أن الشركة مختلفة الاسباب عنى بين ذوى السهام وبين العصبات فشبه الشركات المختلفة الاسباب بالشركات المختلفة من قبل محالها الذى هو المال بالقسمة بالاموال ومن ادخل ذوى السهام على العصبة ولم يدخل العصبة على ذوى السهام فهو استحسان على غير قياس ووجه الاستحسان أنه رأى ان ذوى السهام أقعد من العصبة . وأما اذا كان المشفوع عليهما اثنين فا كثر فاراد الشفيع ان يشفع على أحدهما دون الثانى فقال ابن القاسم إما أن يأخذ الكل أو يدع وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعى له أن يشفع على أيهما أحب وبه قال أشهب . فاما اذا باع رجلان شقصا من رجل فاراد الشفيع أن يشفع على أحدهما دون الثانى فان أباحنيفة منع ذلك وجوزه الشافعى . واما اذا كان الشافعون اكثر من واحد اعنى الاشراك فأراد بعضهم ان يشفع وسلم له الباقى في البيوع فالجمهور على ان المشترى ان يقول للشريك إما ان تشفع في الجميع أو تترك وانه ليس له ان يشفع بحسب حظه الا ان يوافقه المشترى على ذلك وانه ليس له ان يبعض الشفعة على المشترى ان لم يرض بتبعيضها وقال أصبغ من اصحاب مالك ان كان ترك بعضهم الاخذ بالشفعة رفقا للمشترى لم يكن للشفيع الا ان يأخذ حصته فقط ولا خلاف في مذهب مالك انه اذا كان بعض الشفعاء غائبا وبعضهم حاضراً فأرادا لحاضر ان يأخذ حصته فقط انه ليس له

ذلك الا ان يأخذ الكل أو يدع فاذا قدم الغائب فان شاء أخذ وان شاء ترك واتفقوا على ان من شرط الاخذ بالشفعة ان تكون الشركة متقدمة على البيع واختلفوا هل من شرطها ان تكون موجودة في حال البيع وان تكون ثابتة قبل البيع . فاما المسئلة الاولى وهي اذا لم يكن شريكا في حال البيع وذلك يتصور بان يكون يتراخى عن الأخذ بالشفعة بسبب من الاسباب التي لا يقطع له الاخذ بالشفعة حتى يبيع الحظ الذى كان به شريكا فروى أشهب ان قول مالك اختلف في ذلك فمرة قال له الاخذ بالشفعة ومرة قال ليس له ذلك واختار أشهب أنه لا شفعة له وهو قياس قول الشافعي والكوفيين لان المقصود بالشفعة انما هو ازالة الضرر من جهة الشركة وهذا ليس بشريك وقال ابن القاسم له الشفعة اذا كان قيامه في أثره لانه يرى ان الحق الذى وجب له لم يرتفع ببيعه حظه . وأما المسئلة الثانية فصورتها ان يستحق انسان شقصا في أرض قد بيع منها قبل وقت الاستحقاق شقص ما هل له ان يأخذ بالشفعة أم لا فقال قوم له ذلك لانه وجبت له الشفعة بتقدم شركته قبل البيع ولا فرق في ذلك كانت يده عليه أو لم تكن وقال قوم لا تجب له الشفعة لانه انما ثبت له مال الشركة يوم الاستحقاق قالوا الا ترى أنه لا يأخذ الغلة من المشترى فاما مالك فقال ان طال الزمان فلا شفعة وان لم يطل ففيه الشفعة وهو استحسان . وأما متى يأخذ وهو له الشفعة فان الذى له الشفعة رجلان حاضر أو غائب . فاما الغائب فاجمع العلماء على ان الغائب على شفعته مالم يعلم ببيع شريكه واختلفوا اذا علم وهو غائب فقال قوم تسقط شفعته وقال قوم لا تسقط وهو مذهب مالك والحجة له ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم من حديث جابر أنه قال: الجار أحق بصقبه أو قال بشفعته ينتظر بها اذا كان غائبا وأيضا فان الغائب في الاكثر معوق عن الاخذ بالشفعة فوجب عذره وعمدة الفريق الثاني ان سكوته مع العلم قرينة تدل على رضاه باسقاطها . وأما الحاضر فان الفقهاء اختلفوا في وقت وجوب الشفعة له فقال الشافعي وابو حنيفة هي واجبة له على الفور بشرط العلم وامكان الطلب فان علم وأمكن الطلب ولم يطلب بطلت شفعته الا ان أبا حنيفة قال ان أشهد بالاخذ لم تبطل وان تراخى وأما مالك فليست عنده على الفور بل وقت وجوبها متسع واختلف قوله في هذا الوقت هل هو محدود أم لا فمرة قال هو غير محدود وانها لا تنقطع أبدا الا أن يحدث المبتاع بناء أو تغييرا كثيرا بمعرفته وهو حاضر عالم ساكت ومرة حدد هذا الوقت فروى عنه السنة وهو الاشهر وقيل أكثر من سنة وقد قيل عنه ان الخمسة الاعوام لا تنقطع فيها الشفعة واحتج الشافعي بما روى أنه عليه الصلاة والسلام : قال الشفعة كحل العقال وقد روى عن الشافعي ان أمدها ثلاثة أيام وأما من لم يسقط الشفعة بالسكوت واعتمد على أن السكوت

لايبطل حق امرىء مسلم مالم يظهر من قرائن أحواله مايدل على اسقاطه وكان هذا أشبه باصول الشافعى لان عنده أنه ليس يجب ان ينسب الى ساكت قول قائل وان اقترنت به أحوال تدل على رضاه ولكنه فيما أحسب اعتمد الاثر فهذا هو القول في ركان الشفعة وشروطها المصححة لها وبقى القول في الاحكام .

(القسم الثانى)

(القول في أحكام الشفعة) وهذه الاحكام كثيرة ولكن نذكر منها مااشتهر فيه الخلاف بين فقهاء الامصار فمن ذلك اختلافهم في ميراث حق الشفعة فذهب الكوفيون الى أنه لا يورث كما انه لا يباع وذهب مالك والشافعى وأهل الحجاز الى انها موروثة قياسا على الاموال وقد تقدم سبب الخلاف فى هذه المسائل في مسئلة الرد بالعيب ومنها اختلافهم في عهدة الشفيع هل هى على المشترى أو على البائع فقال مالك والشافعى هى على المشترى وقال ابن أبى ليلى هى على البائع وعمدة مالك ان الشفعة انما وجبت للشريك بعد حصول ملك المشترى وصحته فوجب ان تكون عليه العهدة وعمدة الفريق الاخر أن الشفعة انما وجبت للشريك بنفس البيع فطروها على البيع فسخ له وعقد لها وأجمعوا على ان الاقالة لاتبطل الشفعة من رأى أنها بيع ومن رأى أنها فسخ أعنى الاقالة واختلف أصحاب مالك على من عهدة الشفيع فى الاقالة فقال ابن القاسم على المشترى وقال أشهب هو مخير ومنها اختلافهم اذا أحدث المشترى بناء أو غرسا أو ما يشبه في الشقص قبل قيام الشفيع ثم قام الشفيع يطلب شفعته فقال مالك لا شفعة الا ان يعطى المشترى قيمة ما بنى وما غرس وقال الشافعى وأبو حنيفة هو متعد وللشفيع ان يعطيه قيمة بنائه مقلوعا أو يأخذه بنقضه * والسبب فى اختلافهم تردد تصرف المشفوع عليه العالم بوجوب الشفعة عليه بين شبهة تصرف الغاصب وتصرف المشترى الذى يطرأ عليه الاستحقاق وقد بنى في الارض وغرس ذلك أنه وسط بينهما فمن غلب عليه شبه الاستحقاق لم يكن له ان ياخذ القيمة ومن غلب عليه شبه التعدى قال له ان ياخذه بنقضه أو يعطيه قيمته منقوضا ومنها اختلافهم اذا اختلف المشترى والشفيع في مبلغ الثمن فقال المشترى اشتريت الشقص بكذا وقال الشفيع بل اشتريته باقل ولم يكن لواحد منهما بينة فقال جمهور الفقهاء القول قول المشترى لان الشفيع مدع والمشفوع عليه مدعى عليه وخالف في ذلك بعض التابعين فقالوا القول قول الشفيع لان المشترى قد أقر له بوجوب الشفعة وادعى عليه مقدارا من الثمن لم يعترف له به وأما أصحاب مالك فاختلفوا في هذه المسئلة فقال ابن القاسم القول قول المشترى اذا

أتى بما يشبه باليمين فان أتى بمالا يشبه فالقول قول الشفيع وقال أشهب اذا أتى بما يشبه فالقول قول المشترى بلا يمين وفيما لايشبه باليمن وحكى عن مالك انه قال اذا كان المشترى ذا سلطان يعلم بالعادة انه يزيد فى الثمن قبل قول المشترى بغير يمين وقيل اذا أتى المشترى بمالا يشبه رد الشفيع الى القيمة وكذلك فيما أحسب اذا أتى كل واحد منهما بمالا يشبه واختلفوا اذا أتى كل واحد منهما ببينة وتساوت في العدالة فقال ابن القاسم يسقطان معا ويرجع الى الاصل من أن القول قول المشترى مع يمينه وقال أشهب البينة بينة المشترى لانها زادت عليها :

بسم الله الرحمن الرحيم

(وصلى الله علي سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿كتاب القسمة﴾

والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى «واذا حضر القسمة أولوا القربى» وقوله « مما قل منه وأ كثر نصيبا مفروضا » وقول رسول الله صلى عليه وسلم : أيما دار قسمت في الجاهلية فهى على قسم الجاهلية وايما دار أدركها الاسلام ولم تقسم فهى على قسم الاسلام * والنظر في هذا الكتاب . في القاسم ، والمقسوم عليه . والقسمة ✡ والنظر في القسمة في أبواب . الباب الاول في أنواع القسمة. الثانى في تعيين محل نوع نوع من أنواعها أعنى مايقبل القسمة ومالا يقبلها وصفة القسمة فيها وشروطها اعنى فيما يقبل القسمة . الثالث في معرفة أحكامها .

✡(الباب الاول)✡

والنظر فى القسمة ينقسم أولا الى قسمين . قسمة رقاب الاموال. والثانى منافع الرقاب

(القسم الاول من هذا الباب)

فاما قسمة الرقاب التى لاتكال ولاتوزن فتقسم بالجملة الى ثلاثة أقسام. قسمة قرعة بعد تقويم وتعديل وقسمة مراضاة بعد تقويم وتعديل . وقسمة مراضاة بغير تقويم ولاتعديل وأما ما يكال أو يوزن فبالكيل والوزن .

(القسم الثانى)

وأما الرقاب فانها تنقسم الى ثلاثة أقسام ✡ مالا ينقل ولايحول وهي الرباع والاصول . وما ينقل ويحول وهذان قسمان اما غير مكيل ولا موزون وهو الحيوان والعروض . وأما مكيل أوموزون ففي هذا الباب ثلاثة فصول الاول في الرباع. والثانى فى العروض. والثالث في المكيل والموزون ·

✡(الفصل الاول)✡

فاما الرباع والاصول فيجوز ان تنقسم بالتراضى وبالسهمة اذا عدلت بالقيمة اتفق أهل العلم على ذلك اتفاقا مجملا وان كانوا اختلفوا فى محل ذلك وشروطه والقسمة لا تخلو ان تكون فى محل واحد وفي محال كثيرة فاذا كانت في محل واحد فلا خلاف فى جوازها اذا انقسمت الى أجزاء متساوية بالصفة ولم تنقص منفعة الاجزاء بالانقسام ويجبر الشركاء على ذلك . واما اذا انقسمت الى مالا منفعة فيه فاختلف في ذلك مالك وأصحابه فقال مالك انها تقسم بينهم اذا دعى أحدهم لذلك ولو لم يصر لواحد منهم الا مالا منفعة فيه مثل قدر القدم وبه قال ابن كنانة من أصحابه فقط وهو قول أبى حنيفة والشافعى وعمدتهم في ذلك قوله تعالى « مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا » وقال ابن القاسم لايقسم الا ان يصير لكل واحد في حظه ماينتفع به من غير مضرة داخلة عليه فى الانتفاع من قبل القسمة وان كان لايراعى في ذلك نقصان الثمن وقال ابن الماجشون يقسم اذا صار لكل واحد منهم ماينتفع به وان كان من غير جنس المنفعة التى كانت فى الاشتراك أو كانت اقل وقال مطرف من أصحابه ان لم يصر في حظ كل واحد ما ينتفع به لم يقسم وان صار فى حظ بعضهم ماينتفع به وفي حظ بعضهم مالا ينتفع به قسم وجبروا على ذلك سواء دعا الى ذلك صاحب النصيب القليل أو الكثير وقيل يجبر إن دعا صاحب النصيب القليل ولايجبر ان دعا صاحب النصيب الكثير وقيل بعكس هذا وهو ضعيف واختلفوا من هذا الباب فيما اذا قسم انتقلت منفعته الى منفعة أخرى مثل الحمام فقال مالك يقسم اذا طلب ذلك أحد الشريكين وبه قال أشهب وقال ابن القاسم لايقسم وهو قو الشافعى فعمدة من منع القسمة قوله صلى الله عليه وسلم : لاضرر ولاضرار وعمدة من رأى القسمة قوله تعالى « مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا » ومن الحجة لمن لم ير القسمة حديث جابر عن أبيه : لاتعضية على أهل الميراث الا ماحمل القسم والتعضية التفرقة يقول لاقسمة بينهم وأما اذا كانت الرباع أكثر من واحد فانها

لا تخلو أيضا ان تكون من نوع واحـد أو مختلفة الانواع فاذا كانت متفقة الانواع فان فقهاء الامصار في ذلك مختلفون فقال مالك اذا كانت متفقة الانواع قسمت بالتقويم والتعديل والسهمة ، وقال أبو حنيفة والشافعي بل يقسم كل عقار على حدته فعمدة مالك انه أقل للضرر الداخل على الشركاء من القسمة وعمدة الفريق الثاني ان كل عقار قائم بنفسه لانه تتعلق به الشفعة واختلف أصحاب مالك اذا اختلفت الانواع المتفقة في النفاق وان تباعدت مواضعها على ثلاثة أقوال . وأما اذا كانت الرباع مختلفة مثل ان يكون منها دور ومنها حوائط ومنها أرض فلا خلاف انه لا يجمع في القسمة بالسهمة ومن شرط قسمة الحوائط المثمرة ان لا تقسم مع الثمرة اذا بدا صلاحها باتفاق في المذهب لانه يكون بيع الطعام بالطعام على رؤس الثمر وذلك مزابنة . وأما قسمتها قبل بدو الصلاح ففيه اختلاف بين أصحاب مالك اما ابن القاسم فلا يجيز ذلك قبل الابار بحال من الاحوال ويعتل لذلك لانه يؤدي الى بيع طعام بطعام متفاضلا ولذلك زعم انه لم يجز مالك شراء الثمر الذي لم يطب بالطعام لا نسيئة ولا نقداً وأما ان كان بعد الابار فانه لا يجوز عنده الا بشرط أن يشترط أحدهما على الآخر ان ما وقع من الثمر في نصيبه فهو داخل في القسمة وما لم يدخل في نصيبه فهو فيه على الشركة والعلة في ذلك عنده انه يجوز اشتراط المشترى الثمر بعد الآبار ولا يجوز قبل الآبار فكان أحدهما اشترى حظ صاحبه من جميع الثمرات التي وقعت له في القسمة بحظه من الثمرات التي وقعت لشريكه واشترط الثمر وصفة القسم بالقرعة ان تقسم الفريضة وتحقق وتضرب ان كان في سهامها كسر الى ان تصح السهام ثم يقوم كل موضع منها وكل نوع من غراساتها ثم يعدل على أقل السهام بالقيمة فربما عـدل جزء من موضع ثلاثة أجزاء من موضـع آخر على قيم الارضين ومواضعها فاذا قسمت على هذه الصفات وعدلت كتبت في بطائق اسماء الاشراك وأسماء الجهات فمن خرج اسمه في جهة اخـذ منها وقيل يرمى بالاسماء في الجهات فمن خرج اسمه في جهة أخذ منها فان كان أكثر من ذلك السهم ضوعف له حتى يتم حظه فهذه هي حال قرعة السهم في الرقاب والسهمة انما جعلها الفقهاء في القسمة تطييباً لنفوس المتقاسمين وهي موجودة في الشرع في مواضع منها قوله تعالى (فساهم فكان من المدحضين) وقوله (وما كنت لديهم اذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) ومن ذلك الاثر الثابت الذي جاء فيه أن رجلا اعتق ستة أعبد عند موته فاسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فاعتق ثلث ذلك الرقيق . وأما القسمة بالتراضي سواء كانت بعد تعديل وتقويم أو بغير تقويم وتعديل فتجوز في الرقاب المتفقة والمختلفة لانها بيع من البيوع وانما يحرم فيها ما يحرم في البيوع .

﴿ الفصل الثانى في العروض ﴾

واما الحيوان والعروض فاتفق الفقهاء على انه لايجوز قسمة واحد منهما للفساد الداخل فى ذلك واختلفوا إذا تشاح الشريكان فى العين الواحدة منهما ولم يتراضيا بالانتفاع بها على الشياع وأراد أحدهما ان يبيع صاحبه معه فقال مالك واصحابه يجبر على ذلك فان أراد أحدهما أن يأخذه بالقيمة التى اعطى فيها أخذه وقال أهل الظاهر لا يجبر لان الاصول تقتضى أن لا يخرج ملك أحد من يده الا بدليل من كتاب أوسنة أو اجماع وحجة مالك أن في ترك الاجبار ضررا وهذا من باب القياس المرسل وقد قلنا في غير ما موضع أنه ليس يقول به أحد من فقهاء الامصار الا مالك ولكنه كالضرورى فى بعض الاشياء. وأما اذا كانت العروض أكثر من جنس واحد فاتفق العلماء على قسمتها على التراضى واختلفوا في قسمتها بالتعديل والسهمة فاجازها مالك وأصحابه في الصنف الواحد ومنع من ذلك عبد العزيز بن أبى سلمة وابن الماجشون واختلف أصحاب مالك في تمييز الصنف الواحد الذى تجوز فيه السهمة من التى لا تجوز فاعتبره أشهب بما لا يجوز تسليم بعضه في بعض. وأما ابن القاسم فاضطرب فمرة أجاز القسم بالسهمة فيما يجوز تسليم بعضه في بعض فجعل القسمة أخف من السلم ومرة منع القسمة فيما منع فيه السلم وقد قيل أن مذهبه أن القسمة فى ذلك أخف وان مسائله التى يظن من قبلها أن القسمة عنده أشد من السلم تقبل التأويل على أصله الثانى وذهب ابن حبيب الى أنه يجمع في القسمة ما تقارب من الصنفين مثل الخز والحرير والقطن والكتان وأجاز أشهب جمع صنفين في القسمة بالسهمة مع التراضى وذلك ضعيف لان الغرر لا يجوز بالتراضى.

﴿ الفصل الثالث ﴾

فاما المكيل والموزون فلا تجوز فيه القرعة باتفاق الا ما حكى اللخمى والمكيل أيضا لايخلو أن يكون صبرة واحدة أو صبرتين فزائداً فان كان صنفا واحدا فلا يخلو أن تكون قسمته على الاعتدال بالكيل أو الوزن اذا دعا الى ذلك أحد الشريكين ولا خلاف في جواز قسمته على التراضى على التفصيل البين كان ذلك من الربوى أو من غير الربوى أعنى الذى لا يجوز فيه التفاضل ويجوز ذلك بالكيل المعلوم والمجهول ولا يجوز قسمته جزافا بغير كيل ولا وزن. وأما ان كانت قسمته تحريا فقيل لا يجوز فى المكيل ويجوز في الموزون ويدخل في ذلك من الخلاف ما يدخل في

جواز بيعه تحريا وأما ان لم يكن ذلك من صبرة واحدة وكانا صنفين فان كان ذلك مما لا يجوز فيه التفاضل فلا تجوز قسمتها على جهة الجمع إلا بالكيل المعلوم فيما يكال وبالوزن بالصنجة المعروفة فيما يوزن لانه اذا كان بمكيال مجهول لم يدر كم يحصل فيه من الصنف الواحد اذا كانا مختلفين من الكيل المعلوم وهذا كله على مذهب مالك لان أصل مذهبه أنه يحرم التفاضل في الصنفين اذا تقاربت منافعهما مثل القمح والشعير. وأما ان كان مما يجوز فيه التفاضل فيجوز قسمته على الاعتدال والتفاضل البين المعروف بالمكيال المعروف أو الصنجة المعروفة أعني على جهة الجمع وان كانا صنفين وهذا الجواز كله في المذهب على جهة الرضا. وأما فى واجب الحكم فلا تنقسم كل صبرة الا على حدة واذا قسمت كل صبرة على حدة جازت قسمتها بالمكيال المعلوم والمجهول فهذا كله هو حكم القسمة التى تكون في الرقاب.

(القول في القسم الثانى وهو قسمة المنافع)

فأما قسمة المنافع فانها لا تجوز بالسهمة على مذهب ابن القاسم ولا يجبر عليها من أباها ولا تكون القرعة على قسمة المنافع وذهب أبو حنيفة وأصحابه الى أنه يجبر على قسمة المنافع وقسمة المنافع هي عند الجميع بالمهايأة وذلك إما بالازمان وإما بالاعيان أما قسمة المنافع بالازمان فهو أن ينتفع كل واحد منهما بالعين مدة مساوية لمدة انتفاع صاحبه. وأما قسم الاعيان بأن يقسما الرقاب على أن ينتفع كل واحد منهما بما حصل له مدة محدودة والرقاب باقية على أصل الشركة وفي المذهب في قسمة المنافع بالزمان اختلاف في تحديد المدة التى تجوز فيها القسمة لبعض المنافع دون بعض للاغتلال أو الانتفاع مثل استخدام العبد وركوب الدابة وزراعة الارض وذلك أيضا فيما ينقل ويحول أو لا ينقل ولا يحول فاما فيما ينقل ويحول فلا يجوز عند مالك وأصحابه في المدة الكثيرة ويجوز في المدة اليسيرة وذلك فى الاغتلال والانتفاع وأما فيما لا ينقل ولا يحول فيجوز في المدة البعيدة والاجل البعيد وذلك فى الاغتلال والانتفاع. واختلفوا فى المدة اليسيرة فيما ينقل ويحول فى الاغتلال فقيل اليوم الواحد ونحوه وقيل لا يجوز ذلك فى الدابة والعبد وأما الاستخدام فقيل يجوز فى مثل الخمسة الايام وقيل فى الشهر وأكثر من الشهر قليلا وأما التهايؤ فى الاعيان بان يستعمل هذا دارا مدة من الزمان وهذا داراً تلك المدة بعينها فقيل يجوز فى سكنى الدار وزراعة الارضين ولا يجوز ذلك فى الغلة والكراء الا فى الزمان اليسير وقيل يجوز على قياس التهايؤ بالازمان وكذلك القول فى

استخدام العبد والدواب يجرى القول فيه على الاختلاف فى قسمتها بالزمان فهذا هو القول فى أنواع القسمة فى الرقاب وفى المنافع وفى الشروط المصححة والمفسدة وبقى من هذا الكتاب القول فى الاحكام .

القول في الأحكام

والقسمة من العقود اللازمة لايجوز للمتقاسمين نقضها ولا الرجوع فيها إلا بالطوارىء عليها والطوارىء ثلاثة غبن أو وجود عيب أو استحقاق فأما الغبن فلايوجب الفسخ إلا في قسمة القرعة باتفاق في المذهب الا على قياس من يرى له تأثيراً في البيع فيلزم على مذهبه أن يؤثر فى القسمة . وأما الرد بالعيب فانه لايخلو على مذهب ابن القاسم أن يجد العيب في جل نصيبه أوفى أقله فان وجده في جل نصيبه فانه لايخلو أن يكون النصيب الذى حصل لشريكه قد فات أولم يفت فان كان قد فات رد الواجد للعيب نصيبه على الشركة وأخذ من شريكه نصف قيمة نصيبه يوم قبضه وإن كان لم يفت انفسخت القسمة وعادت الشركة إلى أصلها وإن كان العيب في أقل ذلك رد ذلك الاقل على أصل الشركة فقط سواء فات نصيب صاحبه أولم يفت ورجع على شريكه بنصف قيمة تلك الزيادة ولا يرجع في شيء مما في يديه وإن كان قائما بالعيب وقال أشهب والذى يفيت الردقد تقدم في كتاب البيوع وقال عبد العزيز بن الماجشون وجود العيب يفسخ القسمة التي بالقرعة ولا يفسخ التي بالتراضى لان التي بالتراضي هي بيع واما التي بالقرعة فهى تمييز حق واذا فسخت بالغبن وجب أن تفسخ بالرد بالعيب وحكم الاستحقاق عند ابن القاسم حكم وجود العيب إن كان المستحق كثيراً وحظ الشريك لم يفت رجع معه شريكا فيما في يديه وإن كان قد فات رجع عليه بنصف قيمة مافي يديه وإن كان يسيرا رجع عليه بنصف قيمة ذلك الشيء . وقال محمد إذا استحق مافي يد أحدهما بطلت القسمة في قسمة القرعة لانه قد تبين أن القسمة لم تقع على عدل كقول ابن الماجشون في العيب وأما اذا طرأ على المال حق فيه مثل طوارىء الدين على التركة بعد القسمة أو طرو الوصية أوطرو وارث فان أصحاب مالك اختلفوا في ذلك فأما ان طرأ الدين قيل في المشهور فى المذهب وهو قول ابن القاسم أن القسمة تنتقض الا أن يتفق الورثة على أن يعطوا الدين من عندهم وسواء كانت حظوظهم باقية بأيديهم أولم تكن هلكت بأمر من السماء أولم تهلك وقد قيل أيضا إن القسمة انما تنتقض بيد من بقى في يده حظه ولم تهلك بأمر من السماء وأما من هلك حظه بأمر من السماء فلا يرجع عليه بشيء من الدين

ولايرجع هو على الورثة بما بقى بأيديهم بعد أداء الدين وقيل بل تنتقض القسمة ولابد لحق الله تعالى لقوله تعالى . (من بعد وصية يوصى بها أودين) وقيل بل تنتقض إلا في حق من أعطى منه ماينوبه من الدين وهكذا الحكم فى طرو الموصى له على الورثة وأما طرو الوارث على الشركة بعد القسمة وقبل أن يفوت حظ كل واحد منهم فلا تنتقض القسمة وأخذ من كل واحـد حظه ان كان ذلك مكيلا أو موزونا وان كان حيوانا أو عروضا انتقضت القسمة وهل يضمن كل واحد منهم ماتلف في يده بغير سبب منه فقيل يضمن وقيل لايضمن .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الرهون ﴾

والاصل فى هذا الكتاب قوله تعالى . «ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة» والنظر في هذا الكتاب في الاركان وفي الشروط وفى : الاحكام والاركان هي النظر فى الراهن والمرهون والمرتهن والشيء الذى فيه الرهن وصفة عقد الرهن .

﴿ الركن الاول ﴾

فأما الراهن فلا خلاف أن من صفته أن يكون غير محجور عليه من أهل السداد والوصى يرهن لمن يلى النظر عليه اذا كان ذلك سدادا ودعت اليه الضرورة عند مالك وقال الشافعى يرهن لمصلحة ظاهرة و يرهن المكاتب والمأذون عند مالك قال سحنون فان ارتهـن فى مال أسلفه لم يجزوبه قال الشافعى . واتفق مالك والشافعى على أن المفلس لايجوز رهنه وقال أبو حنيفة يجوز واختلف قول مالك في الذى أحاط الدين بماله هل يجوز رهنه أعنى هل يلزم أم لايلزم فالمشهور عنه أنه يجوز أعنى قبل أن يفلس والخلاف آيل الى هل المفلس محجور عليـه أم لا وكل من صح أن يكون راهنا صح أن يكون مرتهنا .

﴿ الركن الثانى ﴾

وهو الرهن وقالت الشافعية يصح بثلاثة شروط، الاول أن يكون عينا فانه لايجوزان يرهن الدين، الثانى أن لايمتنع اثبات يد الراهن المرتهن عليه كالمصحف ومالك يجيز رهن المصحف ولايقرأ فيه المرتهن والخلاف مبنى على البيع، الثالث أن تكون العين قابلة للبيع عند حلول الاجل ويجوز عند مالك ان يرتهن مالايحل بيعه فى وقت الارتهان كالزرع والثمر لم يبد صلاحه ولايباع عنده فى اداء الدين الا إذا بدا صلاحه وان حل أجل الدين وعن الشافعى قولان في رهن الثمر الذى لم يبد صلاحه ويباع عنده عند حلول الدين على شرط القطع قال أبو حامد والاصح جوازه ويجوز عند مالك رهن مالم يتعين كالدنانير والدراهم اذا طبع عليها وليس من شرط الرهن أن يكون ملكا للراهن لاعند مالك ولاعند الشافعى بل قد يجوز عندهما ان يكون مستعارا . واتفقوا على أن من شرطه ان يكون اقراره في يد المرتهن من قبل الراهن . واختلفوا اذا كان قبض المرتهن له بغصب ثم أقره المغصوب منه فى يده رهنا فقال مالك يصح ان ينقل الشىء المغصوب من ضمان الغصب الى ضمان الرهن فيجعل المغصوب منه الشىء المغصوب رهنا في يد الغاصب قبل قبضه منه وقال الشافعى لايجوز بل يبقى على ضمان الغصب الا ان يقبضه واختلفوا في رهن المشاع فمنعه أبوحنيفة وأجازه مالك والشافعى ٭ والسبب في الخلاف هل تمكن حيازة المشاع أم لاتمكن .

٭(الركن الثالث)٭

وهو الشى المرهون فيه وأصل مذهب مالك في هذا أنه يجوز ان يؤخذ الرهن فى جميع الاثمان الواقعة في جميع البيوعات الا الصرف ورأس المال في السلم المتعلق بالذمة وذلك لان الصرف من شرطه التقابض فلا يجوز فيه عقدة الرهن وكذلك رأس مال السلم وان كان عنده دون الصرف في هذا المعنى وقال قوم من أهل الظاهر لايجوز أخذ الرهن إلا في السلم خاصة أعنى في المسلم فيه وهؤلاء ذهبوا الى ذلك لكون آية الرهن واردة فى الدين في المبيعات وهو السلم عندهم فكانهم جعلوا هذا شرطا من شروط صحة الرهن لانه قال في أول الآية «ياأيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه» ثم قال «وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة» فعلى مذهب مالك يجوز أخذ الرهن في السلم وفي القرض وفي الغصب وفي قيم المتلفات وفي أروش الجنايات في الاموال وفي جراح العمد الذى لاقود فيه كالمأمومة والجائفة . وأما قتل

العمد والجراح التي يقاد منها فيتخرج في جواز أخذ الرهن في الدية فيها اذا عفا الولى قولان ، أحدهما أن ذلك يجوز وذلك على القول بأن الولى مخير في العمد بين الدية والقود . والقول الثانى أن ذلك لا يجوز وذلك أيضا مبنى على أن ليس للولى الا القود فقط اذا أبى الجانى من اعطاء الدية ويجوز في قتل الخطأ أخذ الرهن ممن يتعين من العاقلة وذلك بعد الحول ويجوز فى العارية التى تضمن ولا يجوز فيما لا يضمن ويجوز اخذه في الاجارات ويجوز فى الجعل بعد العمل ولا يجوز قبله ويجوز الرهن فى المهر ولا يجوز فى الحدود ولا فى القصاص ولا في الكتابة وبالجملة فيما لا تصح فيه الكفالة وقالت الشافعية المرهون فيه له شرائط ثلاث . أحدها ان يكون دينا فانه لا يرهن فى عين . والثانى أن يكون واجبا وأنه لا يرهن قبل الوجوب مثل ان يسترهنه بما يستقرضه ويجوز ذلك عند مالك . فالثالث أن لا يكون لزومه متوقعا ان يجب وان لا يجب كالرهن فى الكتابة وهذا المذهب قريب من مذهب مالك

القول في الشروط

وأما شروط الرهن فالشروط المنطوق بها فى الشرع ضربان شروط صحة وشروط فساد . فاما شروط الصحة المنطوق بها فى الرهن أعنى فى كونه رهنا فشرطان ، أحدهما متفق عليه بالجملة ومختلف فى الجهة التى هو بها شرط وهو القبض . والثانى مختلف في اشتراطه فاما القبض فاتفقوا بالجملة على أنه شرط في الرهن لقوله تعالى « فرهان مقبوضة » واختلفوا هل هو شرط تمام أو شرط صحة وفائدة الفرق أن من قال شرط صحة قال مالم يقع القبض لم يلزم الرهن الراهن ومن قال شرط تمام قال يلزم بالعقد ويجبر الراهن على الاقباض الا أن يتراخى المرتهن عن المطالبة حتى يفلس الراهن أو يمرض أو يموت فذهب مالك الى أنه من شروط التمام وذهب أبو حنيفة والشافعي وأهل الظاهر الى أنه من شروط الصحة وعمدة مالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول وعمدة الغير قوله تعالى « فرهان مقبوضة » وقال بعض أهل الظاهر لا يجوز الرهن الا أن لا يكون هنالك كاتب لقوله تعالى « ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة » ولا يجوز اهل الظاهر ان يوضع الرهن على يدى عدل وعند مالك أن من شرط صحة الرهن استدامة القبض وأنه متى عاد الى يد الراهن باذن المرتهن بعارية او وديعة أو غير ذلك فقد خرج من اللزوم وقال الشافعى ليس استدامة القبض من شرط الصحة فمالك عمم الشرط على ظاهره فالزم من قوله تعالى «فرهان مقبوضة» وجود القبض واستدامته والشافعى يقول اذا وجد القبض فقد صح الرهن وانعقد فلا

يحل ذلك اعارته ولاغير ذلك من التصرف فيه كالحال في البيع وقد كان الاولى بمن يشترط القبض في صحة العقد ان يشترط الاستدامة ومن لم يشترطه في الصحة ان لايشترط الاستدامة . واتفقوا على جوازه في السفر واختلفوا في الحضر فذهب الجمهور الى جوازه وقال أهل الظاهر ومجاهد لايجوز في الحضر لظاهر قوله تعالى «وان كنتم على سفر» الاية وتمسك الجمهور بما ورد من أنه صلى الله عليه وسلم : رهن في الحضر والقول في استنباط منع الرهن في الحضر من الآية هو من باب دليل الخطاب . وأما الشرط المحرم الممنوع بالنص فهو أن يرهن الرجل رهنا على أنه ان جاء بحقه عند أجله والا فالرهن له فاتفقوا على أن هذا الشرط يوجب الفسخ وأنه معنى قوله عليه السلام: لا يغلق الرهن .

﴿ القول في الجزء الثالث من هذا الكتاب وهو القول في الاحكام ﴾

وهذا الجزء ينقسم الى معرفة ما للراهن من الحقوق في الرهن وما عليه والى معرفة ما للمرتهن في الرهن وما عليه والى معرفة اختلافهما في ذلك وذلك إما من نفس العقد واما لامور طارئة على الرهن ونحن نذكر من ذلك ما اشتهر الخلاف فيه بين فقهاء الامصار والاتفاق . اما حق المرتهن في الرهن فهو أن يمسكه حتى يؤدى الراهن ما عليه فان لم يأت به عند الاجل كان له أن يرفعه الى السلطان فيبيع عليه الرهن وينصفه منه ان لم يجبه الراهن الى البيع وكذلك ان كان غائبا وان وكل الراهن المرتهن على بيع الرهن عند حلول الاجل جاز وكرهه مالك الا ان يرفع الامر الى السلطان والرهن عند الجمهور يتعلق بجملة الحق المرهون فيه وببعضه أعني أنه اذا رهنه في عدد ما فأدى منه بعضه فان الرهن بأسره يبقى بعد بيد المرتهن حتى يستوفي حقه وقال قوم بل يبقى من الرهن بيد المرتهن بقدر ما يبقى من الحق وحجة الجمهور أنه محبوس بحق فوجب ان يكون محبوسا بكل جزء منه أصله حبس التركة على الورثة حتى يؤدوا الدين الذى على الميت وحجة الفريق الثاني أن جميعه محبوس بجميعه فوجب ان يكون ابعاضه محبوسة بابعاضه أصله الكفالة .

(ومن مسائل هذا الباب المشهورة) اختلافهم في نماء الرهن المنفصل مثل الثمرة في الشجر المرهون ومثل الغلة ومثل الولد هل يدخل في الرهن أم لا فذهب قوم الى ان نماء الرهن المنفصل لايدخل شيء منه في الرهن أعني الذى يحدث منه في يد المرتهن وممن قال بهذا القول الشافعي ، وذهب آخرون الى أن جميع ذلك يدخل في الرهن وممن قال بهذا القول أبو حنيفة والثوري ، وفرق مالك فقال ما كان من

نماء الرهن المنفصل على خلقته وصورته فانه داخل في الرهن كولد الجارية مع الجارية وأما مالم يكن على خلقته فانه لايدخل في الرهن كان متولدا عنه كثمر النخل أو غير متولد ككراء الدار وخراج الغلام وعمدة من رأى أن نماء الرهن وغلته للراهن قوله عليه الصلاة والسلام : الرهن محلوب ومركوب قالوا ووجه الدليل من ذلك أنه لم يرد بقوله مركوب ومحلوب أى يركبه الراهن و يحلبه لانه كان يكون غير مقبوض وذلك مناقض لكونه رهنا فان الرهن من شرطه القبض قالوا ولا يصح أيضا ان يكون معناه أن المرتهن يحلبه و يركبه فلم يبق الا أن تكون المعنى في ذلك أن أجرة ظهره لربه ونفقته عليه واستدلوا أيضا بعموم قوله عليه الصلاة والسلام : الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه قالوا ولانه نماء زائد على مارضيه رهنا فوجب أن لا يكون له الا بشرط زائد وعمدة أبى حنيفة أن الفروع تابعة للاصول فوجب لها حكم الاصل ولذلك حكم الولد تابع لحكم أمه في التدبير والكتابة . وأما مالك فاحتج بأن الولد حكمه حكم أمه في البيع أى هو تابع لها وفرق بين الثمر والولد في ذلك بالسنة المفرقة فى ذلك وذلك أن الثمر لا يتبع بيع الاصل الا بالشرط وولد الجارية يتبع بغير شرط والجمهور على أن ليس للمرتهن أن ينتفع بشيء من الرهن وقال قوم اذا كان الرهن حيوانا فللمرتهن ان يحلبه ويركبه بقدر ما يعلفه وينفق عليه وهو قول أحمد واسحق واحتجوا بما رواه أبو هريرة عن النبى عليه الصلاة والسلام أنه قال : الرهن محلوب ومركوب ومن هذا الباب اختلافهم فى الرهن يهلك عند المرتهن ممن ضمانه فقال قوم الرهن أمانة وهو من الراهن والقول قول المرتهن مع يمينه أنه ما فرط فيه وما جنى عليه وممن قال بهذا القول الشافعى وأحمد وأبو ثور وجمهور أهل الحديث وقال قوم الرهن من المرتهن ومصيبته منه وممن قال بهذا القول أبو حنيفة وجمهور الكوفيين والذين قالوا بالضمان انقسموا قسمين فمنهم من رأى ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته أو قيمة الدين وبه قال أبو حنيفة وسفيان وجماعة ومنهم من قال هو مضمون بقيمته قلت أو كثرت وإنه ان فضل للراهن شيء فوق دينه أخذه من المرتهن وبه قال على بن أبى طالب وعطاء واسحق وفرق قوم بين مالا يغاب عليه مثل الحيوان والعقار مما لايخفى هلاكه وبين مايغاب عليه من العروض فقالوا هو ضامن فيما يغاب عليه ومؤتمن فيما لايغاب عليه وممن قال بهذا القول مالك والاوزاعى وعثمان البتى الا أن مالكا يقول اذا شهد الشهود بهلاك مايغاب عليه من غير تضييع ولا تفريط فانه لايضمن وقال الاوزاعى وعثمان البتى بل يضمن على كل حال قامت بينة أولم تقم وبقول مالك قال ابن القاسم وبقول عثمان والاوزاعى قال أشهب وعمدة من جعله أمانة غير مضمون حديث سعيد بن المسيب

عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لايغلق الرهن وهو ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه أى له غلته وخراجه وعليه افتكاكه ومصيبته منه قالوا وقد رضى الراهن أمانته فأشبه المودع عنده وقال المزنى من أصحاب الشافعى محتجا له وقد قال مالك ومن تابعه ان الحيوان وما ظهر هلاكه أمانة فوجب أن يكون كله كذلك وقد قال أبو حنيفة ان ما زاد من قيمة الرهن على قيمة الدين فهو أمانة فوجب ان يكون كله أمانة ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام عند مالك ومن قال بقوله : وعليه غرمه أى نفقته قالوا وذلك معنى قوله عليه الصلاة والسلام : الرهن مركوب ومحلوب أى أجرة ظهره لربه ونفقته عليه . وأما أبو حنيفة وأصحابه فتأولوا قوله عليه الصلاة والسلام : له غنمه وعليه غرمه ان غنمه ما فضل منه على الدين وغرمه ما نقص وعمدة من رأى انه مضمون من المرتهن انه عين تعلق بها حق الاستيفاء ابتداء فوجب ان يسقط بتلفه أصله تلف المبيع عند البائع اذا أمسكه حتى يستوفي الثمن وهذا متفق عليه من الجمهور وان كان عند مالك كالرهن وربما احتجوا بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أن رجلا ارتهن فرساً من رجل فنفق في يده فقال عليه الصلاة والسلام للمرتهن ذهب حقك . وأما تفريق مالك ما بين ما يغاب عليه وبين مالا يغاب عليه فهو استحسان ومعنى ذلك أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه ولا تلحق فيما لا يغاب عليه وقد اختلفوا في معنى الاستحسان الذى يذهب اليه مالك كثيراً فضعفه قوم وقالوا انه مثل استحسان أبى حنيفة وحدوا الاستحسان بأنه قول بغير دليل ومعنى الاستحسان عند مالك هو جمع بين الادلة المتعارضة واذا كان ذلك كذلك فليس هو قول بغير دليل والجمهور على انه لايجوز للراهن بيع الرهن ولا هبته وانه ان باعه فللمرتهن الاجازة أو الفسخ قال مالك وان زعم ان اجازته ليتعجل حقه حلف على ذلك وكان له وقال قوم يجوز بيعه واذا كان الرهن غلاماً وأمة فاعتقها الراهن فعند مالك انه ان كان الراهن موسرا جاز عتقه وعجل للمرتهن حقه وان كان معسراً بيعت وقضى الحق من ثمنها وعند الشافعى ثلاثة أقوال ، الرد ، و الاجازة والثالث مثل قول مالك . وأما اختلاف الراهن والمرتهن في قدر الحق الذى به وجب الرهن فان الفقهاء اختلفوا في ذلك فقال مالك القول قول المرتهن فيما ذكره من قدر الحق مالم تكن قيمة الرهن أقل من ذلك فما زاد على قيمة الرهن فالقول قول الراهن وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وجمهور فقهاء الامصار. القول في قدر الحق قول الراهن وعمدة الجمهور ان الراهن مدعى عليه والمرتهن مدع فوجب أن تكون اليمين على الراهن على ظاهر السنة المشهور وعمدة مالك ههنا ان المرتهن وان كان مدعيا فله ههنا شبهة بنقل اليمين الى حيزه وهو كون الرهن شاهداً له ومن أصوله ان يحلف أقوى المتداعيين

شبهة وهذا لايلزم عندالجمهور لانه قديرهن الراهن الشيء وقيمته أكثر من المرهون فيه . واما اذا تلف الرهن واختلفوا في صفته فالقول ههنا عندمالك قول المرتهن لانه مدعى عليه وهو مقر ببعض ما ادعى عليه وهذا على أصوله فان المرتهن أيضا هو الضامن فيما يغاب عليه واما على أصول الشافعي فلا يتصور على المرتهن يمين الاان يناكره الراهن في تلافه . وأما عند أبي حنيفة فالقول قول المرتهن في قيمة الرهن وليس يحتاج الى صفة لان عند مالك يحلف على الصفة وتقوم تلك الصفة واذا اختلفوا في الامرين جميعا أعنى في صفة الرهن وفي مقدار الرهن كان القول قول المرتهن في صفة الرهن وفي الحق ما كانت قيمته الصفة التي حلف عليها شاهدة له وفيه ضعف وهل يشهد الحق لقيمة الرهن اذا انفقا في الحق واختلفا في قيمة الرهن في المذهب فيه قولان والاقيس الشهادة لانه اذا شهد الرهن للدين شهد الدين المرهون وفروع هذا الباب كثيرة وفيما ذكرناه كفاية في غرضنا .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الحجر ﴾

والنظر في هذا الباب في ثلاثة أبواب . الباب الاول في أصناف المحجورين الثاني متى يخرجون من الحجر ومتى يحجر عليهم وبأى شروط يخرجون . الثالث في معرفة أحكام أفعالهم في الرد والاجازة .

(الباب الاول)

أجمع العلماء على وجوب الحجر على الايتام الذين لم يبلغوا الحلم لقوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح) الآية واختلفوا في الحجر على العقلاء الكبار اذا ظهر منهم تبذير لاموالهم فذهب مالك والشافعي وأهل المدينة وكثير من أهل العراق الى جواز ابتداء الحجر عليهم بحكم الحاكم وذلك اذا ثبت عنده سفههم وأعذر اليهم فلم يكن

عندهم مدفع وهو رأى ابن عباس وابن الزبير وذهب أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق الى انه لايبتدأ الحجر على الكبار . وهو قول ابراهيم وابن سيرين وهؤلاء انقسموا قسمين فنهم من قال الحجر لايجوز عليهم بعد البلوغ بحال وان ظهر منهم التبذير ومنهم من قال ان استصحبوا التبذير من الصغر يستمر الحجر عليهم وان ظهر منهم رشد بعد البلوغ ثم ظهر منهم سفه فهؤلاء لايبدأ بالحجر عليهم وأبو حنيفة يحد في ارتفاع الحجر وان ظهر سفهه خمسة وعشرين عاما وعمدة من أوجب على الكبار ابتداء الحجر أن الحجر على الصغار انما وجب لمعنى التبذير الذي يوجد فيهم غالبا فوجب ان يجب الحجر على من وجد فيه هذا المعنى وان لم يكن صغيراً قالوا ولذلك اشترط في رفع الحجر عنهم مع ارتفاع الصغر إيناس الرشد قال الله تعالى « فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم » فدل هذا على أن السبب المقتضى للحجر هو السفه وعمدة الحنفية حديث حبان بن منقذاذ ذكر فيه لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع فى البيوع فجعل له رسول الله صلى الله عليه وسلم الخيار ثلاثا ولم يحجر عليه وربما قالوا الصغر هو المؤثر في منع التصرف بالمال بدليل تأثيره في اسقاط التكليف وانما اعتبر الصغر لانه الذى يوجد فيه السفه غالبا كما يوجد فيه نقص العقل غالبا ولذلك جعل البلوغ علامة وجوب التكليف وعلامة الرشد اذ كانا يوجدان فيه غالبا أعنى العقل والرشد وكما لم يعتبر النادر في التكليف اعنى أن يكون قبل البلوغ عاقلا فيكلف كذلك لم يعتبر النادر في السفه وهو أن يكون بعد البلوغ سفيها فيحجر عليه كما لم يعتبر كونه قبل البلوغ رشيدا قالوا وقوله تعالى « ولا تؤتوا السفهاء أموالكم » الآية ليس فيها أكثر من منعهم من أموالهم وذلك لا يوجب فسخ بيوعهم وابطالها والمحجورون عند مالك ستة الصغير والسفيه والعبد والمفلس والمريض والزوجة وسيأتى ذكر كل واحد منهم في بابه .

الباب الثانى

والنظر في هذا الباب في موضعين في وقت خروج الصغار من الحجر و وقت خروج السفهاء فنقول ان الصغار بالجملة صنفان ذكور وإناث وكل واحد من هؤلاء اما ذو أب وإما ذو وصى وإما مهمل وهم الذين يبلغون ولا وصى لهم ولا أب فأما الذكور الصغار ذو الآباء فاتفقوا على أنهم لايخرجون من الحجر الا ببلوغ سن التكليف وإيناس الرشد منهم وان كانوا قد اختلفوا في الرشد ماهو وذلك لقوله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم » واختلفوا فى

الاناث فذهب الجمهور الى أن حكمهن في ذلك حكم الذكور أعنى بلوغ المحيض وايناس الرشد وقال مالك هى في ولاية أبيها في المشهور عنه حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ويؤنس رشدها وروى عنه مثل قول الجمهور ولاصحاب مالك في هذا أقوال غير هذه قيل انها في ولاية أبيها حتى تمر بها سنة بعد دخول زوجها بها وقيل حتى يمر بها عامان وقيل حتى تمر بها سبعة أعوام وحجة مالك أن ايناس الرشد لا يتصور من المرأة الا بعد اختبار الرجال . وأما أقاويل أصحابه فضعيفة مخالفة للنص والقياس أما مخالفتها للنص فانهم لم يشترطوا الرشد . وأما مخالفتها للقياس فلان الرشد ممكن تصوره منها قبل هذه المدة المحدودة وإذا قلنا على قول مالك لا على قول الجمهور ان الاعتبار في الذكور ذوى الآباء البلوغ وايناس الرشد فاختلف قول مالك اذا بلغ ولم يعلم سفهه من رشده وكان مجهول الحال فقيل عنه أنه محمول على السفه حتى يتبين رشده وهو المشهور وقيل عنه أنه محمول على الرشد حتى يتبين سفهه فاما ذو الاوصياء فلا يخرجون من الولاية في المشهور عن مالك الا باطلاق وصيه له من الحجر أى يقول فيه أنه رشيد ان كان مقدما من قبل الاب بلا خلاف أو باذن القاضى مع الوصى ان كان مقدما من غير الاب على اختلاف في ذلك وقد قيل في وصى الاب أنه لا يقبل قوله في أنه رشيد الا حتى يعلم رشده وقد قيل أن حاله مع الوصى كحاله مع الاب يخرجه من الحجر اذا آنس منه الرشد وان لم يخرجه وصيه بالاشهاد وان المجهول الحال في هذا حكمه حكم المجهول الحال ذى الاب وأما ابن القاسم فمذهبه أن الولاية غير معتبر ثبوتها اذا علم الرشد ولا سقوطها اذا علم السفه وهي رواية عن مالك وذلك من قوله في اليتيم لا في البكر والفرق بين المذهبين أن من يعتبر الولاية يقول أفعاله كلها مردودة وان ظهر رشده حتى يخرج من الولاية وهو قول ضعف فان المؤثر هو الرشد لا حكم الحاكم. واما اختلافهم في الرشد ماهو فان مالكا يرى ان الرشد هو تثمير المال واصلاحه فقط والشافعى يشترط مع هذا صلاح الدين ✿ وسبب اختلافهم هل ينطلق اسم الرشد على غير صالح الدين وحال البكر مع الوصى كحال الذكر لا يخرج من الولاية الا بالاخراج مالم تعنس على اختلاف في ذلك وقيل حالها مع الوصى كحالها مع الاب وهو قول ابن الماجشون ولم يختلف قولهم انه لا يعتبر فيها الرشد كاختلافهم فى اليتيم . وأما المهمل من الذكور فان المشهور ان افعاله جائزة اذا بلغ الحلم كان سفيها متصل السفه أو غير متصل السفه معلنا به أو غير معلن . وأما ابن القاسم فيعتبر نفس فعله اذا وقع فان كان رشدا جاز والا رده فأما اليتيمة التى لا أب لها ولا وصى فان فيها في المذهب قولين ، أحدهما ان افعالها جائزة اذا بلغت المحيض ، والثانى أن أفعالها مردودة مالم تعنس وهو المشهور .

(الباب الثالث)

والنظر في هذا الباب في شيئين ، أحدهما مايجوز لصنف صنف من المحجورين من الافعال واذا فعلوا في كيف حكم أفعالهم فى الرد والاجازة وكذلك افعال المهملين وهم الذين بلغوا الحلم من غير أب ولا وصى وهؤلاء كما قلنا اما صغار واما كبار متصلو الحجر من الصغر وأما مبتدأ حجرهم فأما الصغار الذين لم يبلغوا الحلم من الرجال ولا المحيض من النساء فلا خلاف فى المذهب فى أنه لايجوز له في ماله معروف من هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق وان أذن له الاب فى ذلك أو الوصى فان أخرج من يده شيئا بغير عوض كان موقوفا على نظر وليه ان كان له ولى فان رآه رشداً أجازه والا أبطله وإن لم يكن له ولى قدم له ولى ينظر في ذلك وان عمل في ذلك حتى يلى أمره كان النظر اليه في الاجازة أو الرد واختلف اذا كان فعله سداداً ونظراً فيما كان يلزم الولى ان يفعله هل له أن ينقضه اذا آل الامر الى خلاف بحوالة الاسواق أو نماء فيما باعه أو نقصان فيما ابتاعه فالمشهور ان ذلك له وقيل ان ذلك ليس له ويلزم الصغير ما افسد في ماله مما لم يؤتمن عليه واختلف فيما أفسد وكسر مما اؤتمن عليه ولا يلزمه بعد بلوغه ورشده عتق ما حلف بحريته فى صغره وحنث به في صغره واختلف فيما حنث فيه في كبره وحلف به في صغره فالمشهور أنه لا يلزمه وقال ابن كنانة يلزمه ولا يلزمه فيما ادعى عليه يمين واختلف اذا كان له شاهد واحد هل يحلف معه فالمشهور انه لا يحلف وروى عن مالك والليث أنه يحلف وحال البكر ذات الاب والوصى كالذكر مالم تعنس على مذهب من يعتبر تعنيسها فاما السفيه البالغ فجمهور العلماء على أن المحجور اذا طلق زوجته أو خالعها مضى طلاقه وخلعه الا ابن أبى ليلى وأبا يوسف وخالف ابن أبى ليلى في العتق فقال انه ينفذ وقال الجمهور أنه لاينفذ . وأما وصيته فلا أعلم خلافا فى نفوذها ولا تلزمه هبة ولا صدقة ولا عطية ولا عتق ولا شيء من المعروف الا أن يعتق أم ولده فيلزمه عتقها وهذا كله في المذهب وهل يتبعها مالها فيه خلاف قيل يتبع وقيل لايتبع وقيل بالفرق بين القليل والكثير. وأما ما يفعله بعوض فهو أيضا موقوف على نظر وليه ان كان له ولى فان لم يكن له ولى قدم له فان رد بيعه الولى وكان قد أتلف الثمن لم يتبع من ذلك بشيء وكذلك ان تلف عين المبيع وأما أحكام أفعال المحجورين أو المهملين على مذهب مالك فانها تنقسم الى أربعة أحوال . فنهم من تكون أفعاله كلها مردودة وان كان فيها ماهو رشد . ومنهم ضد هـذا وهو أن تكون أفعاله كلها محمولة على الرشد وان ظهر فيها ماهو سفه . ومنهم من تكون أفعاله محمولة على السفه مالم يتبين رشده وعكس هذا أيضا وهو ان تكون أفعاله كلها محمولة

على الرشد حتى يتبين سفهه فاما الذى يحكم له بالسفه وان ظهر رشده فهو الصغير الذى لم يبلغ والبكر ذات الاب والوصى مالم تعنس على مذهب من يعتبر التعنيس واختلف فى حده اختلافا كثيرا من دون الثلاثين الى الستين والذى يحكم له بحكم الرشد وان علم سفهه . فمنها السفيه اذا لم تثبت عليه ولاية من قبل أبيه ولا من قبل السلطان على مشهور مذهب مالك خلافا لابن القاسم الذى يعتبر نفس الرشد لا نفس الولاية والبكر اليتيمة المهملة على مذهب سحنون . وأما الذى يحكم عليه بحكم السفه مالم يظهر رشده فالابن بعد بلوغه في حياة أبيه على المشهور في المذهب وحال البكر ذات الاب التى لا وصى لها اذا تزوجت ودخل بها زوجها مالم يظهر رشدها ومالم تبلغ الحد المعتبر فى ذلك من السنين عند من يعتبر ذلك وكذلك اليتيمة التى لا وصى لها على مذهب من يرى أن أفعالها مردودة . وأما الحال التى يحكم فيها بحكم الرشد حتى يتبين السفه فمنها حال البكر المعنس عند من يعتبر التعنيس أو التى دخل بها زوجها ومضى لدخوله الحد المعتبر من السنين عند من يعتبر الحد وكذلك حال الابن ذى الاب اذا بلغ وجهلت حاله على احدى الروايتين والابنة البكر بعد بلوغها على الرواية التى لا يعتبر فيها دخولها مع زوجها فهذه هي جمل مافى هذا الكتاب والفروع كثيرة .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله علي سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

☆(كتاب التفليس)☆

والنظر في هذا الكتاب فيما هو الفلس وفي أحكام المفلس (فنقول) إن الافلاس في الشرع يطلق على معنيين . أحدهما أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون فى ماله وفاء بديونه . والثانى أن لا يكون له مال معلوم أصلا وفي كلا الفلسين قد اختلف العلماء في أحكامهما فاما الحالة الاولى وهي اذا ظهر عند الحاكم من فلسه ماذكرنا فاختلف العلماء في ذلك هل للحاكم أن يحجر عليه التصرف في ماله حتى يبيعه عليه ويقسمه على الغرماء على نسبة ديونهم أم ليس له ذلك بل يحبسه حتى يدفع اليهم جميع ماله على أي نسبة اتفقت أو لمن اتفق منهم وهذا الخلاف بعينه يتصور فيمن كان له مال

يفي بدينه فأبى أن ينصف غرماءه هل يبيع عليه الحاكم فيقسمه عليهم أم يحبسه حتى يعطيهم بيده ماعليه فالجمهور يقولون يبيع الحاكم ماله عليه فينصف منه غرماءه أو غريمه ان كان مليا أو يحكم عليه بالافلاس ان لم يف ماله بديونه ويحجر عليه التصرف فيه وبه قال مالك الشافعي وبالقول الآخر قال أبو حنيفة وجماعة من أهل العراق وحجة مالك والشافعي حديث معاذ بن جبل أنه كثر دينه في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يزد غرماءه على ان جعله لهم وحديث أبي سعيد الخدري ان رجلا أصيب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمر ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: تصدقوا عليه فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء بدينه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم خذوا ما وجدتم وليس لكم الا ذلك وحديث عمر في القضاء على الرجل المفلس في حبسه وقوله فيه . أما بعد أيها الناس فان الاسيفع اسيفع جهينة رضي من دينه وأمانته بأن يقال سبق الحاج وانه ادان معرضا فأصبح قد رين عليه فمن كان له عليه دين فليأتنا وأيضا من طريق المعنى فانه اذا كان المريض محجوراً عليه لمكان ورثته فأحرى أن يكون المدين محجورا عليه لمكان الغرماء وهذا القول هو الاظهر لانه أعدل والله أعلم . وأما حجج الفريق الثاني الذين قالوا بالحبس حتى يعطي ماعليه أو يموت محبوسا فيبيع القاضي حينئذ عليه ماله ويقسمه على الغرماء . فمنها حديث جابر بن عبد الله حين استشهد أبوه بأحد وعليه دين فلما طلبه الغرماء قال جابر فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فكلمته فسألهم ان يقبلوا مني حائطي ويحللوا أبي فابوا فلم يعطهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حائطي قال ولكن سأغدو عليك قال فغدا علينا حين أصبح فطاف بالنخل فدعا في ثمرها بالبركة قال فجذذتها فقضيت منها حقوقهم وبقي من ثمرها بقية وبما روى أيضا انه مات اسيد بن الحضير وعليه عشرة آلاف درهم فدعى عمر بن الخطاب غرماءه فقبلهم أرضه أربع سنين بمالهم عليه قالوا فهذه الآثار كلها ليس فيها انه بيع فيها أصل في دين قالوا ويدل على حبسه قوله صلى الله عليه وسلم لئ الواجد يحل عرضه وعقوبته قالوا والعقوبة هي حبسه وربما شبهوا استحقاق أصول العقار عليه باستحقاق اجارته واذا قلنا ان المفلس محجور عليه فالنظر فيماذا يحجر عليه وبأي ديون تكون المحاصة في ماله وفي أي شيء من ماله تكون المحاصة وكيف تكون فاما المفلس فله حالان حال في وقت الفلس قبل الحجر عليه وحال بعد الحجر فاما قبل الحجر فلا يجوز له اتلاف شيء من ماله عند مالك بغير عوض اذا كان مما لايلزمه ومما لاتجري العادة بفعله وانما اشترط اذا كان مما لايلزمه لان له أن يفعل مايلزمه بالشرع وان لم يكن بعوض كنفقته على الآباء المعسرين أو الابناء

وإنما قيل مما لم تجر العادة بفعله لان له اتلاف اليسير من ماله بغير عوض كالاضحية والنفقة في العيد والصدقة اليسيرة وكذلك تراعى العادة في انفاقه في عوض كالتزوج والنفقة على الزوجة ويجوز بيعه وابتياعه مالم تكن فيه محاباة وكذلك يجوز اقراره بالدين لمن لايتهم عليه واختلف قول مالك في قضاء بعض غرمائه دون بعض وفي رهنه . وأما جمهور من قال بالحجر على المفلس فقالوا هو قبل الحكم كسائر الناس وانما ذهب الجمهور لهذا لان الاصل هو جواز الافعال حتى يقع الحجر ومالك كانه اعتبر المعنى نفسه وهو احاطة الدين بماله لكن لم يعتبره في كل حال لانه يجوز بيعه وشراؤه اذا لم يكن فيه محاباة ولا يجوزه للمحجور عليه وأما حاله بعد التفليس فلا يجوز له فيها عند مالك بيع ولا شراء ولا أخذ ولا عطاء ولايجوز اقراره بدين في ذمته لقريب ولا بعيد قيل الا ان يكون لواحد منهم بينة وقيل يجوز لمن يعلم منه اليه تقاض . واختلف في اقراره بمال معين مثل القراض والوديعة على ثلاثة أقوال في المذهب بالجواز والمنع والثالث بالفرق بين أن يكون على أصل القراض أو الوديعة بينة أو لاتكون فقيل ان كانت صدق وان لم تكن لم يصدق . واختلفوا من هذا الباب في ديون المفلس المؤجلة هل تحل بالتفليس أم لا فذهب مالك الى أن التفليس في ذلك كالموت وذهب غيره الى خلاف ذلك وجمهور العلماء على ان الديون تحل بالموت قال ابن شهاب مضت السنة بان دينه قد حل حين مات وحجتهم ان الله تبارك وتعالى لم يبح التوارث الا بعد قضاء الدين فالورثة في ذلك بين أحد أمرين اما ان لايريدوا أن يؤخروا حقوقهم في المواريث الى محل أجل الدين فيلزم ان يجعل الدين حالا واما ان يرضوا بتأخير ميراثهم حتى تحل الديون حينئذ مضمونة في التركة خاصة لافي ذممهم بخلاف ماكان عليه الدين قبل الموت لانه كان في ذمة الميت وذلك يحسن في حق ذى الدين ولذلك رأى بعضهم انه ان رضى الغرماء بتحمله في ذممهم ابقيت الديون الى أجلها وممن قال بهذا القول ابن سيرين واختاره أبو عبيد من فقهاء الامصار لكن لايشبه الفلس في هذا المعنى الموت كل الشبه وان كانت كلا الذمتين قد خربت ذمته فان ذمة المفلس يرجى الملاء لها بخلاف ذمة الميت . وأما النظر فيما يرجع به أصحاب الديون من مال المفلس فان ذلك يرجع الى الجنس والقدر اما ما كان قد ذهب عين العوض الذى استوجب من قبله الغريم على المفلس فان دينه فى ذمة المفلس واما اذا كان عين العوض باقياً بعينه لم يفت إلا انه لم يقبض ثمنه فاختلف في ذلك فقهاء الامصار على أربعة أقوال الاول ان صاحب السلعة أحق بها على كل حال الا ان يتركها ويختار المحاصة وبه قال الشافعي وأحمد وأبو ثور والقول الثاني ينظر الى قيمة السلعة يوم الحكم بالتفليس فان كانت أقل من

الثمن خير صاحب السلعة بين ان يأخذها أو يحاص الغرماء وان كانت أكثر أو مساوية للثمن أخذها بعينها وبه قال مالك وأصحابه والقول الثالث تقوم السلعة يوم التفليس فان كانت قيمتها مساوية للثمن أو أقل منـه قضى له بها أعنى للبائع وان كانت أكثر دفع اليه مقدار ثمنه ويتحاصون فى الباقى وبهذا القول قال جماعة من أهل الاثر، والقول الرابع انه أسوة الغرماء فيها على كل حال وهو قول أبى حنيفة وأهل الكوفة ✡ والاصل فى هـذه المسئلة ماثبت من حديث أبى هريرة أن رسول الله صـلى الله عليـه وسـلم قال: أيما رجل أفلس فادرك الرجل ماله بعينـه فهو أحق به من غيره وهـذا الحديث خرجه مالك والبخارى ومسلم والفاظهم متقاربة وهذا اللفظ لمالك فمن هؤلاء من حمله على عمومه وهو الفريق الاول ومنهم من خصصه بالقياس وقالوا ان معقوله انما هو الرفق بصاحب السلعة لكون سلعته باقية وأكثر مافى ذلك ان يأخذ الثمن الذى باعها به فاما ان يعطى فى هذه الحال الذى اشترك فيها مع الغرماء أكثر من ثمنها فذلك مخالف لاصول الشرع وبخاصة اذا كان للغرماء اخذها بالثمن كما قال مالك. واما أهل الكوفة فردوا هذا الحديث بجملته لمخالفته للاصول المتواترة على طريقتهم فى رد خبر الواحد اذا خالف الاصول المتواترة لكون خبر الواحد مظنونا والاصول يقينية مقطوع بها كما قال عمر فى حديث فاطمة بنت قيس ما كنا لندع كتاب الله وسنة نبينا لحديث امرأة ورووا عن على انه قضى بالسلعة للمفلس وهو رأى ابن سيرين وابراهيم من التابعين وربما احتجوا بان حديث أبى هريرة مختلف فيه وذلك أن الزهرى روى عن أبى بكر بن عبد الرحمن عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: أيما رجل مات أو أفلس فوجـد بعض غرمائه ماله بعينه فهو اسوة الغرماء وهذا الحديث أولى لانه موافق للاصول الثابتة قالوا وللجمع بين الحديثين وجه وهو حمل ذلك الحديث على الوديعة والعارية الا أن الجمهور دفعوا هذا التأويل بما ورد فى لفظ حديث أبى هريرة فى بعض الروايات من ذكر البيع وهذا كله عند الجميع بعد قبض المشترى السلعة فأما قبل القبض فالعلماء متفقون أهل الحجاز وأهـل العراق أن صاحب السلعة أحق بهـا لانها فى ضمانه واختلف القائلون بهذا الحديث اذا قبض البائع بعض الثمن فقال مالك ان شاء أن يرد ماقبض ويأخذ السلعة كلها وان شاء حاص الغرماء فيما بقى من سلعته. وقال الشافعى بل يأخذ مابقى من سلعته بما بقى من الثمن، وقالت جماعـة من أهل العـلم داود واسحاق واحمد ان قبض من الثمن شيئا فهو اسوة الغرماء وحجتهم ماروى مالك عن ابن شهاب عن أبى بكر بن عبد الرحمن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم

قال : انما رجل باع متاعا فأفلس الذى ابتاعه ولم يقبض الذى باعه شيئا فوجده بعينه فهو أحق به وان مات الذى ابتاعه فصاحب المتاع اسوة الغرماء وهو حديث وان أرسله مالك فقد اسنده عبد الرزاق وقد روى من طريق الزهرى عن أبى هريرة فيه زيادة بيان وهو قوله فيه فإن كان قبض من ثمنه شيئا فهو اسوة الغرماء ذكره أبو عبيد في كتابه في الفقه وخرجه وحجة الشافعى ان كل السلعة أو بعضها في الحكم واحد . ولم يختلفوا أنه اذا فوت المشترى بعضها ان البائع أحق بالمقدار الذى أدرك من سلعته الاعطاء فانه قال اذا فوت المشترى بعضها كان البائع اسوة الغرماء . واختلف الشافعى ومالك في الموت هل حكمه حكم الفلس أم لا فقال مالك هو في الموت اسوة الغرماء بخلاف الفلس . وقال الشافعى الامر في ذلك واحد وعمدة مالك مارواه عن ابن شهاب عن أبى بكر وهو نص في ذلك وأيضا من جهة النظر ان فرقا بين الذمة في الفلس والموت وذلك أن المفلس ممكن أن تثرى حاله فيتبعه غرماؤه بما بقى عليه وذلك غير متصور في الموت . وأما الشافعى فعمدته مارواه ابن أبى ذئب بسنده عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : انما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق به فسوى في هذه الرواية بين الموت والفلس قال وحديث ابن أبى ذئب أولى من حديث ابن شهاب لان حديث ابن شهاب مرسل وهذا مسند ومن طريق المعنى فهو مال لاتصرف فيه لمالكه الا بعد أداء ماعليه فاشبه مال المفلس وقياس مالك أقوى من قياس الشافعى وترجيح حديثه على حديث ابن أبى ذئب من جهة أن موافقة القياس له أقوى وذلك ان ماوافق من الاحاديث المتعارضة قياس المعنى فهو أقوى مما وافقه قياس الشبه أعنى أن القياس الموافق لحديث الشافعى هو قياس شبه والموافق لحديث مالك قياس معنى ومرسل مالك خرجه عبد الرزاق ٭ فسبب الخلاف تعارض الآثار في هذا المعنى والمقاييس وأيضا فان الاصل يشهد لقول مالك في الموت أعنى ان من باع شيئا فليس يرجع اليه فمالك رحمه الله أقوى في هذه المسئلة والشافعى انما ضعف عنده فيها قول مالك لما روى من المسند والمرسل عنده لايجب العمل به . واختلف مالك والشافعى فيمن وجد سلعته بعينها عند المفلس وقد أحدث زيادة مثل أن تكون أرضا يغرسها أو عرصة يبنيها فقال مالك العمل الزائد فيها هو فوت ويرجع صاحب السلعة شريك الغرماء . وقال الشافعى بل يخير البائع بين أن يعطى قيمة ماأحدث المشترى في سلعته ويأخذها او أن يأخذ أصل السلعة ويحاص الغرماء في الزيادة وما يكون فوتا مما لايكون فوتا في مذهب مالك منصوص في كتبه المشهورة وتحصيل مذهب مالك فيما يكون الغريم به أحق من سائر الغرماء في

الموت والفلس او في الفلس دون الموت أن الاشياء المبيعة بالدين تنقسم في التفليس ثلاثة اقسام عرض يتعين وعين اختلف فيـه هل يتعين فيه ام لا وعمل لايتعين فاما العرض فان كان في يد بائعه لم يسلمه حتى افلس المشترى فهو احق به في الموت والفلس وهذا مالاخلاف فيه وان كان قددفعه الى المشترى ثم افلس وهو قائم بيده فهو احق به من الغرماء في الفلس دون الموت ولهم عنده أن ياخذوا سلعته بالثمن. وقال الشافعى ليس لهم وقال اشهب لايأخذونها الا بزيادة يحطونها عن المفلس . وقال ابن الماجشون ان شاؤا كان الثمن من أموالهم او من مال الغريم . وقال ابن كنانة بل يكون من أموالهم. وأما العين فهو أحق بها في الموت أيضا والفلس ما كان بيـده . واختلف اذا دفعه الى بائعه فيه ففلس أو مات وهو قائم بيده يعرف بعينه فقيل انه أحق به كالعروض في الفلس دون الموت وهو قول ابن القاسم وقيـل أنه لاسبيل له عليه وهو اسوة الغرماء وهو قول أشهب والقولان جاريان على الاختلاف في تعيين العين وأما ان لم يعرف بعينه فهو اسوة الغرماء في الموت والفلس وأما العمل الذى لايتعين فان افلس المستأجر قبل أن يستوفي عمل الاجير كان الاجير أحق بمـا عمله فى الموت والفلس جميعا كالسلعة اذا كانت بيد البائع في وقت الفلس وان كان فلسه بعد أن استوفي عمل الاجير فالاجير اسوة الغرماء باجرته التى شارطه عليها فى الفلس والموت جميعا على أظهر الاقوال إلا أن تـكون بيده السلعة التى استؤجر على عملها فيكون أحق بذلك في الموت والفلس جميعا لانه كالرهن بيده فان اسلمه كان اسوة الغرماء بعمله الا ان يكون له فيه شيء أخرجه فيكون أحق به في الفلس دون الموت وكـذلك الأمر عنده في فلس مكترى الدواب ان استـكرى أحق بما عليه من المتاع في الموت والفلس جميعا وكـذلك مكترى السفينة وهـذا كله شبهه مالك بالرهن وبالجمـلة فلا خلاف في مذهبه أن البائع أحق بما في يديه في الموت والفلس وأحق بسلعته القائمة الخارجة عن يده في الفلس دون الموت وانه اسوة الغرماء في سلعته اذا فاتت وعنـد مايشبه حال الاجير عند أصحاب مالك وبالجملة البائع منفعة بالبائع الرقبة فمرة يشبهون المنفعة التى عمل بالسلعة التى لم يقبضها المشترى فيقولون هو أحق بها في الموت والفلس ومرة يشبهونه بالتى خرجت من يده ولم يمت فيقولون هو أحق بها في الفلس دون الموت ومرة يشبهون ذلك بالموت الذى فاتت فيه فيقولون هو اسوة الغرماء ومثال ذلك اختلافهم فيمن استؤجر على سقي حائط فسقاه حتى أثمر الحائط ثم أفلس المستأجر فانهم قالوا فيه الثلاثة الأقوال وتشبيه بيـع المنافع في هـذا الباب ببيـع الرقاب هو شيء فيما أحسب انفرد به مالك دون فقهاء

الأمصار وهو ضعيف لان قياس الشبه المأخوذ من الوضع المفارق للاصول يضعف ولذلك ضعف عند قوم القياس على موضع الرخص ولكن انقدح هنالك قياس علة فهو أقوى ولعل المالكية تدعي وجود هذا المعنى في هذا القياس لكن هذا كله ليس يليق بهذا المختصر. ومن هذا الباب اختلافهم في العبد المفلس المأذون له في التجارة هل يتبع بالدين في رقبته أم لافذهب مالك وأهل الحجاز الى أنه انما يتبع بما في يده لافي رقبته ثم إن اعتق اتبع بما بقي عليه. ورأى قوم انه يباع، ورأى قوم أن الغرماء يخيرون بين بيعه وبين أن يسعى فيما بقي عليه من الدين وبه قال شريح، وقالت طائفة بل يلزم سيده ماعليه وان لم يشترطه فالذين لم يروا بيع رقبته قالوا انما عامل الناس على ما في يده فأشبه الحر والذين رأوا بيعه شبهوا ذلك بالجنايات التي يجني وأما الذين رأوا الرجوع على السيد بما عليه من الدين فانهم شبهوا ماله بمال السيد اذ كان له انتزاعه ☆ فسبب الخلاف هو تعارض أقيسة الشبه في هذه المسئلة. ومن هذا المعنى اذا أفلس العبد والمولى معا باى يبدأ هل بدين العبد ثم بدين المولى فالجمهور يقولون بدين العبد لان الذين داينوا العبد انما فعلوا ذلك اقة بما رأوا عند العبد من المال والذين داينوا المولى لم يعتقدوا بمال العبد ومن رأى البدء بالمولى قال لان مال العبد هو في الحقيقة للمولى ☆ فسبب الخلاف تردد مال العبد بين أن يكون حكمه حكم مال الاجنبي أو حكم مال السيد. وأما قدر مايترك للمفلس من ماله فقيل في المذهب يترك له مايعيش به هو وأهله وولده الصغار الايام وقال في الواضحة والعتبية الشهر ونحوه ويترك له كسوة مثله وتوقف مالك في كسوة زوجته لكونها هل تجب لها بعوض مقبوض وهو الانتفاع بها أو بغير عوض وقال سحنون لايترك له كسوة زوجته وروى ابن نافع عن مالك انه لايترك الا مايواريه وبه قال ابن كنانة. واختلفوا في بيع كتب العلم عليه على قولين وهذا مبني على كراهية بيع كتب الفقه أولا كراهية ذلك وأما معرفة الديون التي يحاص بها من الديون التي لايحاص بها على مذهب مالك فانها تنقسم أولا الى قسمين أحدهما أن تكون واجبة عن عوض والثاني ان تكون واجبة عن غير عوض فاما الواجبة عن عوض فانها تنقسم الى عوض مقبوض وإلى عوض غير مقبوض فاما ما كانت عن عوض مقبوض وسواء كانت مالا اوارش جناية فلا خلاف في المذهب ان محاصة الغرماء بها واجبة وأما ما كان عن عوض غير مقبوض فان ذلك ينقسم خمسة أقسام أحدها ان لايمكنه دفع العوض بحال كنفقة الزوجات لما يأتي من المدة. والثاني ان لايمكنه دفع العوض ولكن يمكنه دفع مايستوفي فيه مثل أن يكتري الرجل الدار بالنقد أو يكون

العرف فيه النقد ففلس المكتري قبل أن يسكن أو بعد ما سكن بعض السكنى وقبل أن يدفع الكراء * والثالث أن يكون دفع العوض يمكنه ويلزمه كرأس مال السلم اذا أفلس المسلم اليه قبل دفع رأس المال * والرابع ان يكون يمكنه دفع العوض ولا يلزمه مثل السلعة اذا باعها ففلس المبتاع قبل أن يدفعها اليها البائع * والخامس أن لا يكون اليه تعجيل دفع العوض مثل أن يسلم الرجل الى الرجل دنانير في عروض الى أجل فيفلس المسلم قبل أن يدفع رأس المال وقبل أن يحل أجل السلم فاما الذى لا يمكنه دفع العوض بحال فلا محاصة فى ذلك الا في مهور الزوجات اذا فلس الزوج قبل الدخول وأما الذى لا يمكنه دفع العرض ويمكنه دفع ما يستوفى منه مثل المكترى يفلس قبل دفع الكراء فقيل للمكرى المحاصة بجميع الثمن واسلام الدار للغرماء وقيل ليس له الا المحاصة بما سكن ويأخذ داره وان كان لم يسكن فليس له الا اخذ داره وأما ما يمكنه دفع العوض ويلزمه وهو اذا كان العوض عينا فقيل يحاص به الغرماء في الواجب له بالعوض ويدفعه فقيل هو أحق به وعلى هذا لا يلزمه دفع العوض وأما ما يمكنه دفع العوض ولا يلزمه فهو بالخيار بين المحاصة والامساك وذلك هو اذا كان العوض عينا وأما اذا لم يكن اليه تعجيل العوض مثل أن يفلس المسلم قبل ان يدفع رأس المال وقبل أن يحل أجل السلم فان رضى المسلم اليه ان يعجل العروض ويحاصص الغرماء برأس مال السلم فذلك جائز ان رضى بذلك الغرماء فان أبى ذلك أحد الغرماء حاص الغرماء برأس المال الواجب له فيما وجد للغريم من مال وفي العروض التى عليه اذا حلت لانها من مال المفلس وان شاؤا أن يبيعوها بالنقد ويتحاصوا فيها كان ذلك لهم وأما ما كان من الحقوق الواجبة عن غير عوض فان ما كان منها غير واجب بالشرع بل بالالتزام كالهبات والصدقات فلا محاصة فيها وأما ما كان منها واجبا بالشرع كنفقة الاباء والابناء ففيها قولان . أحدهما أن المحاصة لا تجب بها وهو قول ابن القاسم والثانى انها تجب بها اذا لزمت بحكم من السلطان وهو قول أشهب وأما النظر الخامس وهو معرفة وجه التحاص فان الحكم في ذلك أن يصرف مال الغريم من جنس ديون الغرماء وسواء كان مال الغرماء من جنس واحد أو من أجناس مختلفة اذ كان لا يقتضى في الديون الا ما هو من جنس الدين الا أن ينفقوا من ذلك على شيء يجوز . واختلفوا من هذا الباب في فرع طارىء وهو اذا هلك مال المحجور عليه بعد الحجر وقبل قبض الغرماء ممن مصيبته فقال أشهب مصيبته من المفلس وقال ابن الماجشون مصيبته من الغرماء اذا وقفه السلطان وقال ابن القاسم ما يحتاج الى بيعه فضمانه من الغريم لانه انما يباع على ملكه وما لا يحتاج الى بيعه فضمانه من الغرماء مثل أن يكون المال عينا والدين عينا وكلهم روى قوله عن مالك.

وفرق أصبغ بين الموت والفلس فقال المصيبة في الموت من الغرماء وفي الفلس من المفلس فهذا هو القول في أصول أحكام المفلس الذى له من المال مالا يفى بديونه . وأما المفلس الذى لامال له أصلا فان فقهاء الامصار مجمعون على أن العدم له تأثير في اسقاط الدين الى وقت ميسرته الا ماحكى عن عمر بن عبد العزيز ان لهم ان يؤاجروه وقال به أحمد من فقهاء الامصار وكلهم مجمعون على أن المدين اذا ادعى الفلس ولم يعلم صدقه انه يحبس حتى يتبين صدقه أو يقر بذلك صاحب الدين فاذا كان ذلك خلى سبيله وحكى عن أبى حنيفة ان لغرمائه ان يدوروا معه حيث دار وانما صار الكل الى القول بالحبس في الديون وان كان لم يأت فى ذلك أثر صحيح لان ذلك أمر ضرورى في استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض وهـذا دليل على القول بالقياس الذى يقتضى المصلحة وهو الذى يسمى بالقياس المرسل وقد روى أن النبي عليه الصلاة والسلام حبس رجلا في تهمة خرجه فيما أحسب أبو داود . والمحجورون عند مالك السفهاء والمفلسون والعبيد والمرضى والزوجة فيما فوق الثلث لانه يرى أن للزوج حقا فى المال وخالفه فى ذلك الاكثر وهذا القدر كاف بحسب غرضنا فى هذا الكتاب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد و آله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الصلح ﴾

والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى « والصلح خير » وماروى عن النبي عليه السلام مرفوعا وموقوفا على عمر امضاء الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا واتفق المسلمون على جوازه على الاقرار واختلفوا فى جوازه على الانكار فقال مالك وأبو حنيفة يجوز على الانكار وقال الشافعى لايجوز على الانكار لانه من أكل المـال بالباطل من غير عوض والمالكية تقول فيه عوض وهو سقوط الخصومة واندفاع اليمين عنه ولا خلاف في مذهب مالك أن الصلح الذى يقع على الاقرار يراعى في صحته مايراعى في البيوع فيفسـد بما تفسد به البيوع من أنواع الفساد الخاص بالبيوع ويصح بصحته وهذا هو مثل ان يدعى انسان على آخر دراهم فيصالحه عليها بعـد الاقرار بدنانير نسيئة وما أشبه هذا من البيوع الفاسـدة من قبل الربا

والغرر . وأما الصلح على الانكار فالمشهور فيه عن مالك وأصحابه أنه يراعى فيه من الصحة مايراعى فى البيوع مثل ان يدعى انسان على آخر دراهم فينكر ثم يصالحه عليها بدنانير مؤجلة فهذا لايجوز عند مالك وأصحابه وقال أصبغ هو جائز لان المكروه فيه من الطرف الواحد وهو من جهة الطالب لانه يعترف انه أخذ دنانير نسيئة في دراهم حلت له وأما الدافع فيقول هي هبة منى وأما ان ارتفع المكروه من الطرفين مثل ان يدعى كل واحد منهما على صاحبه دنانير أودراهم فينكر كل واحد منهما صاحبه ثم يصطلحان على ان يؤخر كل واحد منهما صاحبه فيما يدعيه قبله الى أجل فهذا عندهم هو مكروه أما كراهيته فمخافة ان يكون كل واحد منهما صادقا فيكون كل واحد منهما قد أنظر صاحبه لانظار الآخر اياه فيدخله أسلفنى وأسلفك وأماوجه جوازه فلان كل واحد منهما انما يقول مافعلت انما هو تبرع مني وما كان يجب على شيء وهذا النحو من البيوع قيل انه يجوز اذا وقع وقال ابن الماجشون يفسخ اذا وقع عليه أثر عقده فان طال مضى فالصلح الذى يقع فيه مما لايجوز في البيوع هو في مذهب مالك على ثلاثة أقسام صلح يفسخ باتفاق . وصلح يفسخ باختلاف . وصلح لايفسخ باتفاق ان طال وان لم يطل فيه اختلاف

﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب الكفالة)

واختلف العلماء في نوعها وفي وقتها وفى الحكم اللازم عنها وفى شروطها وفي صفة لزومها وفي محلها ولها أسماء كفالة وحمالة وضمانة وزعامة فاما انواعها فنوعان حمالة بالنفس وحمالة بالمال أما الحمالة بالمال فثابتة بالسنة ومجمع عليها من الصدر الاول ومن فقهاء الامصار وحكى عن قوم انها ليس لازمة تشبيها بالعدة وهو شاذ والسنة التى صار اليها الجمهور في ذلك هو قوله عليه السلام : الزعيم غارم . وأما الحمالة بالنفس وهي التى تعرف بضمان الوجه فجمهور فقهاء الامصار على جواز وقوعها شرعا اذا كانت بسبب المال وحكى عن الشافعى في الجديد انها لاتجوز وبه قال داود وحجتهما قوله تعالى (معاذ الله ان نأخذ الا من وجدنا متاعنا عنده) ولانها كفالة بنفس فاشبهت الكفالة في

الحدود وحجة من أجازها عموم قوله عليه السلام : الزعيم غارم وتعلقوا بان في ذلك مصلحة وانه مروى عن الصدر الاول . وأما الحكم اللازم عنها لجمهور القائلين بحمالة النفس متفقون على ان المتحمل عنه اذا مات لم يلزم الكفيل بالوجه شيء وحكى عن بعضهم لزوم ذلك ، وفرق ابن القاسم بين ان يموت الرجل حاضرا أو غائبا فقال ان مات حاضرا لم يلزم الكفيل شيء وان مات غائبا نظر فان كانت المسافة التى بين البلدين مسافة يمكن الحميل فيها احضاره فى الاجل المضروب له في احضاره وذلك نحو اليومين الى الثلاثة ففرط غرم والا لم يغرم. واختلفوا اذا غاب المتحمل عنه ماحكم الحميل بالوجه على ثلاثة أقوال ، القول الاول انه يلزمه ان يحضره او يغرم وهو قول مالك واصحابه واهل المدينة ، والقول الثانى انه يحبس الحميل الى ان ياتى به او يعلم موته وهو قول ابى حنيفة واهل العراق ، والقول الثالث انه ليس عليه الا ان ياتى به اذا علم موضعه ومعنى ذلك أن لا يكلف احضاره الا مع العلم بالقدرة على احضاره فان ادعى الطالب معرفة موضعه على الحميل وانكر الحميل كلف الطالب بيان ذلك قالوا ولا يحبس الحميل الا اذا كان المتحمل عنه معلوم الموضع فيكلف حينئذ احضاره وهذا القول حكاه ابو عبيد القاسم بن سلام في كتابه في الفقه عن جماعة من الناس واختاره وعمدة مالك ان المتحمل بالوجه غار لصاحب الحق فوجب عليه الغرم اذا غاب وربما احتج لهم بما روى عن ابن عباس ان رجلا سال غريمه ان يؤدى اليه ماله او يعطيه حميلا فلم يقدر حتى حاكمه الى النبي عليه السلام فتحمل عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ادى المال اليه قالوا فهذا غرم في الحمالة المطلقة، واما اهل العراق فقالوا انما يجب عليه احضار ماتحمل به وهو النفس فليس يجب ان يتعدى ذلك الى المال الا لو شرطه على نفسه وقد قال عليه السلام : المؤمنين عند شروطهم فانما عليه ان يحضره أو يحبس فيه فكما انه اذا ضمن المال فانما عليه ان يحضر المال أو يحبس فيه كذلك الامر في ضمان الوجه وعمدة الفريق الثالث انه انما يلزمه احضاره اذا كان احضاره له مما يمكن وحينئذ يحبس اذا لم يحضره . واما اذا علم ان احضاره له غير ممكن فليس يجب عليه احضاره كما انه اذا مات ليس عليه احضاره قالوا ومن ضمن الوجه فاغرم المال فهو أحرى ان يكون مغرورا من أن يكون غارا فاما اذا اشترط الوجه دون المال وصرح بالشرط فقد قال مالك ان المال لا يلزمه ولا خلاف في هذا فيما أحسب لانه كان يكون قد الزم ضد ما اشترط فهذا هو حكم ضمان الوجه . وأما حكم ضمان المال فان الفقهاء متفقون على انه اذا عدم المضمون أو غاب ان الضامن غارم . واختلفوا اذا حضر الضامن والمضمون وكلاهما موسر فقال الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما والثورى والاوزاعى واحمد واسحق للطالب

ان يأخذ من شاء الكفيل أو المكفول وقال مالك في أحد قوليه ليس له ان يأخذ الكفيل مع وجود المتكفل عنه وله قول آخر مثل قول الجمهور وقال أبو ثور الحمالة والكفالة واحدة ومن ضمن عن رجل مالا لزمه وبرىء المضمون ولا يجوز ان يكون مال واحد على اثنين وبه قال ابن أبى ليلى وابن شبرمة ومن الحجة لما رأى ان الطالب يجوز له مطالبة الضامن كان المضمون عنه غائبا أو حاضراً غنيا أو عديما حديث قبيصة ابن المخارق قال تحملت حمالة فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فسألته عنها فقال يخرجها عنك من إبل الصدقة ياقبيصة ان المسئلة لا تحل الا في ثلاث وذكر رجلا تحمل حمالة رجل حتى يؤديها ووجه الدليل من هذا أن النبي صلى الله عليه وسلم أباح المسئلة للمتحمل دون اعتبار حال المتحمل عنه . وأما محل الكفالة فهى الأموال عند جمهور أهل العلم لقوله عليه السلام : الزعيم غارم اعنى كفالة المال وكفالة الوجه وسواء تعلقت الاموال من قبل أموال أو من قبل حدود مثل المال الواجب فى قتل الخطأ أو الصلح في قتل العمد أو السرقة التى ليس يتعلق بها قطع وهى مادون النصاب أو من غير ذلك وروى عن أبى حنيفة اجازة الكفالة في الحدود والقصاص أو في القصاص دون الحدود وهو قول عثمان البتى اعنى كفالة النفس . وأما وقت وجوب الكفالة بالمال اعنى مطالبته بالكفيل فاجمع العلماء على ان ذلك بعد ثبوت الحق على المكفول اما باقرار وأما ببينة . وأما وقت وجوب الكفالة بالوجه فاختلفوا هل تلزم قبل اثبات الحق أم لا فقال قوم انها لاتلزم قبل اثبات الحق بوجه من الوجوه وهو قول شريح القاضى والشعبى وبه قال سحنون من أصحاب مالك وقال قوم بل يجب اخذ الكفيل بالوجه على اثبات الحق وهؤلاء اختلفوا متى يلزم ذلك والى كم من المدة يلزم فقال قوم ان اتى بشبهة قوية مثل شاهد واحد لزمه ان يعطى ضامنا بوجهه حتى يلوح حقه والالم يلزمه الكفيل الا أن يذكر بينة حاضرة في المصر فيعطيه حميلا من الخمسة الايام الى الجمعة وهو قول ابن القاسم من أصحاب مالك وقال أهل العراق لايؤخذ عليه حميل قبل ثبوت الحق الا أن يدعى بينة حاضرة في المصر نحو قول ابن القاسم الا أنهم حددوا ذلك بالثلاثة الايام يقولون انه ان اتى بشبهة لزمه ان يعطيه حميلا حتى يثبت دعواه او تبطل وقد انكروا الفرق في ذلك والفرق بين الذى يدعى البينة الحاضرة والغائبة وقالوا لايؤخذ حميل على أحد إلا ببينة وذلك الى بيان صدق دعواه أو ابطالها ✩ وسبب هذا الاختلاف تعارض وجه العدل بين الخصمين في ذلك فانه اذا لم يؤخذ عليه ضامن بمجرد الدعوى لم يؤمن أن يغيب بوجهه فيعنت طالبه واذا أخذ عليه لم يؤمن أن تكون الدعوى

باطلة فيمنت المطلوب وهذا فرق من فرق بين دعوى البينة الحاضرة والغائبة وروى عن عراك بن مالك قال أقبل نفر من الاعراب معهم ظهر فصحبهم رجلان خباتا معهم فأصبح القوم وقد فقدوا كذا وكذا من إبلهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحد : الرجلين اذهب واطلب وحبس الآخر فجاء بماذهب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاحد الرجلين استغفرلى فقال غفر الله لك قال وانت فغفر الله لك وقتلك فى سبيله خرج هذا الحديث أبو عبيد في كتابه في الفقه قال وحمله بعض العلماء على ان ذلك كان من رسول الله حبسا قال ولا يعجبنى ذلك لانه لايجب الحبس بمجرد الدعوى وانما هو عندى من باب الكفالة بالحق الذى لم يجب اذا كانت هنالك شبهة لمكان صحبتهما لهم فأما أصناف المضمونين فليس يلحق من قبل ذلك اختلاف مشهور لاختلافهم في ضمان الميت اذا كان عليه دين ولم يترك وفاء بدينه فأجازه مالك والشافعى وقال أبو حنيفة لايجوز واستدل أبو حنيفة من قبل ان الضمان لايتعلق بمعدوم قطعا وليس كذلك المفلس واستدل من رأى ان الضمان يلزمه بما روى أن النبى عليه الصلاة والسلام كان في صدر الاسلام لايصلى على من مات وعليه دين حتى يضمن عنه والجمهور يصح عندهم كفالة المحبوس والغائب ولا يصح عند ابى حنيفة . وأما شروط الكفالة فان أباحنيفة والشافعى يشترطان فى وجوب رجوع الضامن على المضمون بما أدى عنه أن يكون الضمان باذنه ومالك لايشترط ذلك ولا تجوز عند الشافعى كفالة المجهول ولا الحق الذى لم يجب بعد وكل ذلك لازم وجائز عند مالك وأصحابه . وأما ماتجوز فيه الحمالة بالمال مما لاتجوز فانها تجوز عند مالك بكل مال ثابت في الذمة الا الكتابة ومالايجوز فيه التأخير ومايستحق شيئا فشيئا مثل النفقات على الازواج وماشا كلها

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الحوالة

والحوالة معاملة صحيحة مستثناة من الدين بالدين لقوله عليه الصلاة والسلام : مطل الغنى ظلم واذا أحيل أحدكم على غنى فليستحل والنظر في شروطها وفي حكمها فمن الشروط اختلافهم في اعتبار رضا المحال والمحال عليه فمن الناس من اعتبر

رضا المحال ولم يعتبر رضا المحال عليه وهو مالك ومن الناس من اعتبر رضاهما معاً ومن الناس من لم يعتبر رضا المحال واعتبر رضا المحال عليه وهو نقيض مذهب مالك وبه قال داود فمن رأى أنها معاملة اعتبر رضا الصنفين ومن أنزل المحال عليه من المحال منزلته من المحيل لم يعتبر رضاه معه كما لا يعتبره مع المحيل اذا طلب منه حقه ولم يحل عليه أحدا وأما داود فحجته ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام : واذا أحيل أحدكم على ملىء فليتبع والامر على الوجوب وبقى المحال عليه على الاصل وهو اشتراط اعتبار رضاه ومن الشروط التى اتفق عليها في الجملة كون ما على المحال عليه مجانسا لما على المحيل قدرا ووصفا الا ان منهم من أجازها في الذهب والدراهم فقط ومنعها في الطعام والذين منعوها في ذلك رأوا أنها من باب بيع الطعام قبل ان يستوفي لانه باع الطعام الذى كان له على غريمه بالطعام الذى كان عليه وذلك قبل ان يستوفيه من غريمه وأجاز ذلك مالك اذا كان الطعامان كلاهما من قرض اذا كان دين المحال حالا . وأما ان كان أحدهما من سلم فانه لايجوز الا أن يكون الدينان حالان وعند ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك يجوز ذلك اذا كان الدين المحال به حالا ولم يفرق بين ذلك الشافعى لانه كالبيع في ضمان المستقرض وانما رخص مالك في القرض لانه يجوز عنده بيع القرض قبل ان يستوفي . وأما أبو حنيفة فاجاز الحوالة بالطعام وشبهها بالدراهم وجعلها خارجة عن الاصول كخروج الحوالة بالدراهم والمسئلة مبنية على ان ما شذ عن الاصول هل يقاس عليه أم لا والمسئلة مشهورة في أصول الفقه وللحوالة عند مالك ثلاثة شروط أحدها ان يكون دين المحال حالا لانه ان لم يكن حالا كان دينا بدين ، والثانى ان يكون الدين الذى يحيله به مثل الذى يحيله عليه في القدر والصفة لانه اذا اختلفا في أحدهما كان بيعا ولم تكن حوالة فخرج من باب الرخصة الى باب البيع واذا خرج الى باب البيع دخله الدين بالدين ، والشرط الثالث ان لا يكون الدين طعاما من سلم أو أحدهما ولم يحل الدين المستحال به على مذهب ابن القاسم واذا كان الطعامان جميعا من سلم فلا تجوز الحوالة باحدهما على الآخر حلت الآجال أولم تحل او حل أحدهما ولم يحل الاخر لانه يدخله بيع الطعام قبل أن يستوفي كما قلنا لكن اشهب يقول ان استوت رؤس أموالهما جازت الحوالة وكانت تولية وابن القاسم لايقول ذلك كالحال اذا اختلفت ويتنزل المحال فى الدين الذى أحيل عليه منزلة من أحاله ومنزلته في الدين الذى احاله به وذلك فيما يريد أن يأخذ بدله منه أو يبيعه له من غيره اعنى انه لايجوز له من ذلك الا مايجوز له مع الذى أحاله وما يجوز للذى احاله مع الذى احاله عليه ومثال ذلك ان احتال بطعام كان له من قرض في طعام من سلم أو بطعام من سلم في طعام من قرض

لم يجز له ان يبيعه من غيره قبل قبضه منه لانه ان كان احتال بطعام كان من قرض في طعام من سلم نزل منزلة المحيل في انه لايجوز له بيع ما على غريمه قبل ان يستوفيه لكونه طعاما من بيع وان كان احتال بطعام من سلم في طعام من قرض نزل من المحتال عليه منزلته مع من أحاله أعني انه كما انه ماكان يجوز له ان يبيع الطعام الذى كان على غريمه المحيل له قبل ان يستوفيه كذلك لايجوز ان يبيع الطعام الذى أحيل عليه وان كان من قرض وهذا كله مذهب مالك وادلة هذه الفروق ضعيفة . واما أحكامها فان جمهور العلماء على ان الحولة ضد الحمالة فى انه اذا افلس المحال عليه لم يرجع صاحب الدين على المحيل بشىء قال مالك واصحابه الا ان يكون المحيل غره فاحاله على عديم وقال أبوحنيفة يرجع صاحب الدين على المحيل اذا مات المحال عليه مفلساً أو جحد الحوالة . وان لم تكن له بينة وبه قال شريح وعثمان البتى وجماعة * وسبب اختلافهم مشابهة الحوالة المحمالة .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الوكالة ﴾

وفيها ثلاثة أبواب ، الباب الاول في أركانها وهي النظر فيما فيه التوكيل وفى الموكل والموكل ، والثانى في أحكام الوكالة ، والثالث فى مخالفة الموكل للوكيل .

﴿ الباب الاول ﴾

﴿ الركن الاول في الموكل ﴾

واتفقوا على وكالة الغائب والمريض والمرأة المالكين لامور انفسهم . واختلفوا فى وكالة الحاضر الذكر الصحيح فقال مالك تجوز وكالة الحاضر الصحيح الذكر وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة لاتجوز وكالة الصحيح الحاضر ولا المرأة الاأن تكون برزة فمن رأى أن الاصل أن لاينوب فعل الغير عن فعل الغير الا مادعت اليه الضرورة وانعقد الاجماع عليه قال لاتجوز نيابة من اختلف فى نيابته ومن رأى أن

الاصل هو الجواز قال الوكالة في كل شيء جائزة الا فيما أجمع على أنه لاتصح فيه من العبادات وماجرى مجراها .

(الركن الثانى في الوكيل)

وشروط الوكيل أن لايكون ممنوعا بالشرع من تصرفه في الشيء الذى وكل فيه فلا يصح توكيل الصبى ولا المجنون ولا المرأة عند مالك والشافعى على عقد النكاح أما عند الشافعى فلا بمباشرة ولا بواسطة أى بأن توكل هي من يلى عقد النكاح ويجوز عند مالك بالواسطة الذكر .

(الركن الثالث فيما فيه التوكيل)

وشرط محل التوكيل ان يكون قابلا للنيابة مثل البيع والحوالة والضمان وسائر العقود والفسوخ والشركة والوكالة والمصارفة والمجاعلة والمساقاة والنكاح والطلاق والخلع والصلح ولا تجوز في العبادات البدنية وتجوز في المالية كالزكاة والصدقة والحج وتجوز عند مالك في الخصومة على الاقرار والانكار وقال الشافعى في أحد قوليه لاتجوز على الاقرار وشبه ذلك بالشهادة والايمان وتجوز الوكالة على استيفاء العقوبات عند مالك وعند الشافعى مع الحضور قولان والذين قالوا ان الوكالة تجوز على الاقرار اختلفوا في مطلق الوكالة على الخصومة هل يتضمن الاقرار أم لا فقال مالك لا يتضمن وقال أبو حنيفة يتضمن .

(الركن الرابع)

وأما الوكالة فهى عقد يلزم بالايجاب والقبول كسائر العقود وليست هى من العقود اللازمة بل الجائزة على مانقوله في أحكام هذا العقد وهى ضربان عند مالك عامة وخاصة فالعامة هى التى تقع عنده بالتوكيل العام الذى لايسمى فيه شيء دون شيء وذلك انه ان سمى عنده لم ينتفع بالتعميم والتفويض وقال الشافعى لاتجوز الوكالة بالتعميم وهى غرر وانما يجوز منها ماسمى وحدد ونص عليه وهو الاقيس اذ كان الاصل فيها المنع الا ماوقع عليه الاجماع .

(الباب الثانى في الاحكام)

وأما الاحكام . فمنها أحكام العقد . ومنها أحكام فعل الوكيل فاما هذا العقد فهو كما قلنا عقد غير لازم للوكيل أن يدع الوكالة متى شاء عند الجميع لكن أبو حنيفة يشترط في ذلك حضور الموكل وللموكل أن يعزله متى شاء قالوا الا أن تكون وكالة في خصومة

وقال اصبغ له ذلك مالم يشرف على تمام الحكم وليس للوكيل أن يعزل نفسه في الموضع الذي لايجوز أن يعزله الموكل وليس من شروط انعقاد هذا العقد حضور الخصم عند مالك والشافعي وقال أبو حنيفة ذلك من شرطه وكذلك ليس من شرط ثباتها عند الحاكم حضوره عند مالك وقال الشافعي من شرطه. واختلف أصحاب مالك هل تنفسخ الوكالة بموت الموكل على قولين فاذاقلنا تنفسخ بالموت كما تنفسخ بالعزل فتى يكون الوكيل معزولا والوكالة منفسخة في حق من عامله في المذهب فيه ثلاثة أقوال . انها تنفسخ في حق الجميع بالموت والعزل . والثاني انها تنفسخ في حق كل واحد منهم بالعلم فمن علم انفسخت في حقه ومن لم يعلم لم تنفسخ في حقه . والثالث انها تنفسخ في حق من عامل الوكيل بعلم الوكيل وان لم يعلم هو ولا تنفسخ في حق الوكيل بعلم الذي عامله اذا لم يعلم الوكيل ولكن من دفع اليه شيئا بعد العلم بعزله ضمنه لانه دفع الى من يعلم انه ليس بوكيل. وأما أحكام الوكيل ففيها مسائل مشهورة . أحدها اذا وكل على بيع شيء هل يجوز له أن يشتريه لنفسه فقال مالك يجوز وقد قيل عنه لايجوز وقال الشافعي لايجوز وكذلك عند مالك الاب والوصي ومنها اذا وكله في البيع وكالة مطلقة لم يجز له عند مالك ان يبيع الا بثمن مثله نقداً بنقد البلد ولايجوز ان باع نسيئة أو بغير نقد البلد أو بغير ثمن المثل وكذلك الامر عنده في الشراء وفرق أبو حنيفة بين البيع والشراء المعين فقال يجوز فى البيع أن يبيع بغير ثمن المثل وأن يبيع نسيئة ولم يجز اذا وكله في شراء عبد بعينه ان يشتريه الا بثمن المثل نقداً ويشبه ان يكون ابو حنيفة انما فرق بين الوكالة على شراء شيء بعينه لان من حجته أنه كما أن الرجل قد يبيع الشيء بأقل من ثمن مثله ونساء لمصلحة يراها في ذلك كله كذلك حكم الوكيل اذ قد أنزله منزلته وقول الجمهور أبين وكل مايتعدى فيه الوكيل ضمن عند من يرى أنه تعدى واذا اشترى الوكيل شيئا وأعلم أن الشراء للموكل فالملك ينتقل الى الموكل وقال ابو حنيفة الى الوكيل اولا ثم الى الموكل واذا دفع الوكيل دينا عن الموكل ولم يشهد فانكر الذي له الدين القبض ضمن الوكيل .

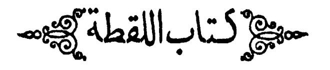
(الباب الثالث)

وأما اختلاف الوكيل مع الموكل فقد يكون في ضياع المـال الذى استقر عند الوكيل وقد يكون في دفعه الى الموكل فقد يكون فى مقدار الثمن الذى باع به أو اشترى اذا أمره بثمن محدود وقد يكون في المثمون وقد يكون في تعيين من امره بالدفع اليه وقد يكون في دعوى التعدى فاذا اختلفا في ضياع المـال فقال الوكيل ضاع مني وقال الموكل لم يضع فالقول قول الوكيل ان كان لم يقبضه ببينة فان كان المـال قد

قبضه الوكيل من غريم الموكل ولم يشهد الغريم على الدفع لم يبرأ الغريم باقرار الوكيل عند مالك وغرم ثانية وهل يرجع الغريم على الوكيل فيه خلاف وان كان قد قبضه ببينة برىء ولم يلزم الوكيل شيء. وأما اذا اختلفا في الدفع فقال الوكيل دفعته اليك وقال الموكل لا فقيل القول قول الوكيل وقيل القول قول الموكل وقيل ان تباعد ذلك فالقول قول الوكيل. وأما اختلافهم في مقدار الثمن الذى به أمره بالشراء فقال ابن القاسم ان لم تفت السلعة فالقول قول المشترى وان فاتت فالقول قول الوكيل وقيل يتحالفان وينفسخ البيع ويتراجعان وان فاتت بالقيمة وان كان اختلافهم في مقدار الثمن الذى أمره به في البيع فعند ابن القاسم ان القول فيه قول الموكل لانه جعل دفع الثمن بمنزلة فوات السلعة فى الشراء. وأما اذا اختلفا فيمن أمره بالدفع ففى المذهب فيه قولان المشهور أن القول قول المأمور وقيل القول قول الآمر. وأما اذا فعل الوكيل فعلا هو تعد وزعم أن الموكل أمره فالمشهور أن القول قول الموكل وقد قيل ن القول قول الوكيل انه قد أمره لانه قد ائتمنه على الفعل.

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)



كتاب اللقطة

والنظر في اللقطة في جملتين، الجملة الاولى في أركانها، والثانية في أحكامها

(الجملة الاولى)

والاركان ثلاثة، الالتقاط، والملتقط. واللقطة فاما الالتقاط فاختلف العلماء هل هو أفضل أم الترك فقال أبو حنيفة الافضل الالتقاط لانه من الواجب على المسلم أن يحفظ مال أخيه المسلم وبه قال الشافعي، وقال مالك وجماعة بكراهية الالتقاط وروى عن ابن عمر وابن عباس وبه قال أحمد وذلك لامرين، أحدهما ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال: ضالة المؤمن حرق النار ولما يخاف أيضا من التقصير في القيام بما يجب لها من التعريف وترك التعدى عليها وتأول الذين رأوا الالتقاط أول الحديث

وقالوا أراد بذلك الانتفاع بها لا أخذها للتعريف وقال قوم بل لقطها واجب وقد قيل أن هذا الاختلاف اذا كانت اللقطة بين قوم مأمونين والامام عادل قالوا وان كانت اللقطة بين قوم غير مأمونين والامام عادل فواجب التقاطهاوان كانت بين قوم مأمونين والامام جائر فالافضل أن لا يلتقطها وان كانت بين قوم غير مأمونين والامام غير عادل فهو مخير بحسب ما يغلب على ظنه من سلامتها أكثر من أحد الطرفين وهذا كله ما عدا لقطة الحاج فان العلماء أجمعوا على أنه لا يجوز التقاطها لنهيه عليه السلام عن ذلك ولقطة مكة أيضا لا يجوز التقاطها الا لمنشد لورود النص في ذلك والمروى في ذلك لفظان ، أحدها أنه لا ترفع لقطتها الا لمنشد ، الثاني لايرفع لقطتها الامنشد فالمعنى الواحد أنها لا ترفع الا لمن ينشدها والمعنى الثاني لايلتقطها الا من ينشدها ليعرف الناس وقال مالك يعرف هاتان اللقطتان أبداً فاما الملتقط فهو كل حر مسلم بالغ لانها ولاية واختلف عن الشافعي في جواز التقاط الكافر قال أبو حامد والاصح جواز ذلك في دارالاسلام قال وفى أهلية العبد والفاسق له قولان فوجه المنع عدم أهلية الولاية ووجه الجواز عموم أحاديث اللقطة . وأما اللقطة بالجملة فانها كل مال لمسلم معرض للضياع كان ذلك في عامر الارض أو غامرها والجماد والحيوان في ذلك سواء الا الابل باتفاق والاصل في اللقطة حديث يزيد بن خالد الجهنى وهو متفق على صحته أنه قال : جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال أعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والافشأنك بها قال فضالة الغنم يارسول الله قال هى لك أو لاخيك أو للذئب قال فضالة الابل قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها وهذا الحديث يتضمن معرفة مايلتقط مما لايلتقط ومعرفة حكم مايلتقط كيف يكون في العام وبعده وبماذا يستحقها مدعيها . فاما الابل فاتفقوا على أنها لاتلتقط واتفقوا على الغنم أنها تلتقط وترددوا في البقر والنص عن الشافعي أنها كالابل وعن مالك أنها كالغنم وعنه خلاف .

﴿ الجملة الثانية ﴾

وأما حكم التعريف فاتفق العلماء على تعريف ما كان منها له بال سنة مالم تكن الغنم واختلفوا في حكمها بعد السنة فاتفق فقهاء الامصار مالك والثورى والاوزاعى وأبو حنيفة والشافعي وأحمد وأبو عبيد وأبو ثور اذا انقضت كان له أن يأكلها ان كان فقيراً أو يتصدق بها ان كان غنيا فان جاء صاحبها كان مخيراً بين أن

يجيز الصدقة فينزل على ثوابها أو يضمنه اياها واختلفوا فى الغنى هل له أن يأكلها او ينفقها بعد الحول . فقال مالك والشافعى له ذلك وقال أبو حنيفة ليس له الا أن يتصدق بها وروى مثل قوله عن على وابن عباس وجماعة من التابعين وقال الاوزاعى ان كان مالاً كثيراً جعله في بيت المال وروى مثل قول مالك والشافعى عن عمر و ابن مسعود وابن عمر وعائشة وكلهم متفقون على أنه ان اكلها ضمنها لصاحبها الا اهل الظاهر واستدل مالك والشافعى بقوله عليه السلام: فشأنك بها ولم يفرق بين غنى وفقير ومن الحجة لهما مارواه البخارى والترمذى عن سويد بن غفلة قال لقيت أوس بن كعب فقال وجدت صرة فيها مائة دينار فاتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد ثم اتيته ثلاثا فقال احفظ وعاءها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وخرج الترمذى وابو داود فاستنفقها فسبب الخلاف معارضة ظاهر لفظ حديث اللقطة لاصل الشرع وهو أنه لايحل مال امرىء مسلم الا عن طيب نفس منه فمن غلب هذا الاصل على ظاهر الحديث وهو قوله بعد التعريف فشانك بها . قال لايجوز فيها تصرف الا بالصدقة فقط على ان يضمن أن لم يجز صاحب اللقطة الصدقة ومن غلب ظاهر الحديث على هذا الاصل ورأى انه مستثنى منه قال تحل له بعد العام وهي مال من ماله لايضمنها ان جاء صاحبها ومن توسط قال يتصرف بعد العام فيها وان كانت عينا على جهة الضمان . وأما حكم دفع اللقطة لمن ادعاها فاتفقوا على أنها لاتدفع اليه اذا لم يعرف العفاص ولا الوكاء واختلفوا اذا عرف ذلك هل يحتاج مع ذلك الى بينة أم لا . فقال مالك يستحق بالعلامة ولا يحتاج الى بينة . وقال ابو حنيفة والشافعى لايستحق الا ببينة ✡ وسبب الخلاف معارضة الاصل في اشتراط الشهادة في صحة الدعوى لظاهر هذا الحديث فمن غلب الاصل قال لابد من البينة ومن غلب ظاهر الحديث قال لايحتاج الى بينة وانما اشترط الشهادة فى ذلك الشافعى وابو حنيفة لان قوله عليه السلام اعرف عفاصها ووكاءها فان جاء صاحبها والا فشانك بها يحتمل أن يكون انما امره بمعرفة العفاص والوكاء لئلا تختلط عنده بغيرها ويحتمل ان يكون إنما امره بذلك ليدفعها لصاحبها بالعفاص والوكاء فلما وقع الاحتمال وجب الرجوع الى الاصل فان الاصول لاتعارض بالاحتمالات المخالفة لها الا ان تصح الزيادة التى نذكرها بعدُ وعند مالك واصحابه ان على صاحب اللقطة ان يصف مع العفاص والوكاء صفة الدنانير والعدد قالوا وذلك موجود في بعض روايات الحديث ولفظه فان جاء صاحبها ووصف عفاصها ووكاءها وعددها فادفعها اليه قالوا ولكن لايضره الجهل بالعدد اذا عرف العفاص والوكاء وكذلك ان زاد فيه واختلفوا ان نقص من العدد على قولين وكذلك اختلفوا

اذا جهل الصفة وجاء بالعفاص واما اذا غلط فيها فلا شيء له واما اذا عرف إحدى العلامتين اللاتين وقع النص عليها وجهل الاخرى فقيل انه لاشيء له الا بمعرفتهما جميعا وقيل يدفع اليه بعد الاستبراء وقيل ان ادعى الجهالة استبرأ وان غلط لم تدفع اليه واختلف المذهب اذا اتى بالعلامة المستحقة هل يدفع اليه بيمين أو بغير يمين فقال ابن القاسم بغير يمين وقال اشهب بيمين . واما ضالة الغنم فان العلماء اتفقوا على ان لواجد ضالة الغنم في المكان القفر البعيد من العمران ان يأكلها لقوله عليه السلام في الشاة : هي لك او لاخيك أو للذئب واختلفوا هل يضمن قيمتها لصاحبها أم لا فقال جمهور العلماء انه يضمن قيمتها . وقال مالك في أشهر الاقاويل عنه انه لا يضمن ✡ وسبب الخلاف معارضة الظاهر كما قلنا للاصل المعلوم من الشريعة الا ان مالكا هنا غلب الظاهر فجرى على حكم الظاهر ولم يجر كذلك في التصرف فيما وجب تعريفه بعد العام لقوة اللفظ ههنا وعنه رواية أخرى انه يضمن وكذلك كل طعام لا يبقى اذا خشي عليه التلف ان تركه وتحصيل مذهب مالك عند أصحابه في ذلك أنها على ثلاثة أقسام . قسم يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف ان تركه كالعين والعروض . وقسم لا يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف ان تركه كالشاة في القفر والطعام الذي يسرع اليه الفساد . وقسم لا يخشى عليه التلف . فاما القسم الاول وهو ما يبقى في يد ملتقطه ويخشى عليه التلف فانه ينقسم ثلاثة أقسام ، أحدها أن يكون يسيرا لا بال له ولا قدر لقيمته ويعلم أن صاحبه لا يطلبه لتفاهته فهذا لا يعرف عنده وهو لمن وجده والاصل في ذلك ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بتمرة في الطريق فقال لولا ان تكون من الصدقة لاكلتها ولم يذكر فيها تعريفا وهذا مثل العصا والسوط وان كان أشهب قد استحسن تعريف ذلك ، والثاني ان يكون يسيرا الا ان له قدرا ومنفعة فهذا لا اختلاف في المذهب في تعريفه واختلفوا في قدر مايعرف فقيل سنة وقيل اياما وأما الثالث فهو ان يكون كثيرا أوله قدر فهذا لا اختلاف في وجوب تعريفه حولا . واما القسم الثاني وهو مالا يبقى بيد ملتقطه ويخشى عليه التلف فان هذا يأكله كان غنيا أو فقيرا وهل يضمن فيه روايتان كما قلنا الاشهر أن لا ضمان . واختلفوا ان وجدما يسرع اليه الفساد في الحاضرة فقيل لا ضمان عليه وقيل عليه الضمان وقيل بالفرق بين أن يتصدق به فلا يضمن أو يأكله فيضمن . وأما القسم الثالث فهو كالابل أعنى ان الاختيار عنده فيه الترك للنص الوارد في ذلك فان أخذها وجب تعريفها والاختيار تركها وقيل في المذهب هو عام في جميع الازمنة وقيل انما هو في زمان العدل وأن الافضل في زمان غير العدل التقاطها . وأما ضمانها في الذي تعرف فيه فان العلماء اتفقوا على من التقطها وأشهد على

التقاطها فهلكت عنده أنه غير ضامن. واختلفوا اذا لم يشهد فقال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن لاضمان عليه ان لم يضيع وان لم يشهد وقال أبو حنيفة وزفر يضمنها ان هلكت ولم يشهد استدل مالك والشافعي بأن اللقطة وديعة فلا ينقلها ترك الاشهاد من الامانة الى الضمان قالوا وهي وديعة بما جاء من حديث سليمان بن بلال وغيره انه قال ان جاء صاحبها والا فلتكن وديعة عندك واستدل أبو حنيفة وزفر بحديث مطرف بن الشخير عن عياض بن حمار قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: من التقط لقطة فليشهد ذوى عدل عليها ولا يكتم ولا يغيب فان جاء صاحبها فهو أحق بها والا فهو مال الله يؤتيه من يشاء وتحصيل المذهب فى ذلك أن واجد اللقطة عند مالك لا يخلو التقاطه لها من ثلاثة أوجه . أحدها أن يأخذها على جهة الاغتيال لها ، والثانى أن يأخذها على جهة الالتقاط . والثالث أن يأخذها لا على جهة الالتقاط ولا على جهة الاغتيال فان أخذها على جهة الالتقاط فهى أمانة عنده عليه حفظها وتعريفها فان ردها بعد أن التقطها فقال ابن القاسم يضمن وقال أشهب لا يضمن اذا ردها في موضعها فان ردها في غير موضعها ضمن كالوديعة والقول قوله في تلفها دون يمين الا أن يتهم . وأما اذا قبضها مغتالا لها فهو ضامن لها ولكن لا يعرف هذا الوجه الا من قبله . واما الوجه الثالث فهو مثل ان يجد ثوبا فيأخذه وهو يظنه لقوم بين يديه ليسألهم عنه فهذا ان لم يعرفوه ولا ادعوه كان له أن يرده حيث وجده ولا ضمان عليه باتفاق عند أصحاب مالك وتتعلق بهذا الباب مسئلة اختلف العلماء فيها وهو العبد يستهلك اللقطة فقال مالك أنها في رقبته اما أن يسلمه سيده فيها . وأما أن يفديه بقيمتها هذا اذا كان استهلاكه قبل الحول فان استهلكها بعد الحول كانت دينا عليه ولم تكن فى رقبته وقال الشافعى ان علم بذلك السيد فهو الضامن وان لم يعلم بها السيد كانت فى رقبة العبد واختلفوا هل يرجع الملتقط بما أنفق على اللقطة على صاحبها أم لا فقال الجمهور ملتقط اللقطة متطوع بحفظها فلا يرجع بشىء من ذلك على صاحب اللقطة وقال الكوفيون لا يرجع بما انفق الا أن تكون النفقة على اذن الحاكم وهذه المسئلة هي من أحكام الالتقاط وهذا القدر كاف بحسب غرضنا فى هذا الباب.

﴿ باب فى اللقيط ﴾

والنظر في أحكام الالتقاط وفي الملتقط واللقيط وفي أحكامه وقال الشافعى كل شيء ضائع لا كافل له فالتقاطه من فروض الكفايات وفي وجوب الاشهاد عليه خفية الاسترقاق خلاف والخلاف فيه مبنى على الاختلاف في الاشهاد على

لقطة واللقيط هو الصبي الصغير غير البالغ وان كان مميزا فيه في مذهب الشافعي تردد والملتقط هو كل حر عدل رشيد وليس العبد والمكاتب بملتقط الا الكافر ملتقط الكافر دون المسلم لانه لا ولاية له عليه ويلتقط المسلم الكافر وينزع من يد الفاسق والمبذر وليس من شرط الملتقط الغنى ولا تلزم نفقة الملتقط على من التقطه وان انفق لم يرجع عليه بشيء . وأما أحكامه فانه يحكم له بحكم الاسلام إن التقطه في دار المسلمين ويحكم للطفل بالاسلام بحكم أبيه عند مالك وعند الشافعي بحكم من أسلم منهما وبه قال ابن وهب من أصحاب مالك وقد اختلف في اللقيط فقيل انه عبد لمن التقطه وقيل انه حر وولاؤه لمن التقطه وقيل انه حر وولاؤه للمسلمين وهو مذهب مالك والذي تشهد له الاصول الا ان يثبت في ذلك أثر تخصص به الاصول مثل قوله عليه الصلاة والسلام : ترث المرأة ثلاثة لقيطها وعتيقها وولدها الذي لاعنت عليه .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله علي سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الوديعة ﴾

وجل المسائل المشهورة بين فقهاء الامصار في هذا الكتاب هي في أحكام الوديعة فمنها أنهم اتفقوا على أنها امانة لامضمونة الاما حكي عن عمر بن الخطاب قال المالكيون والدليل على انها امانة أن الله امر برد الامانات ولم يأمر بالاشهاد فوجب ان يصدق المستودع في دعواه رد الوديعة مع يمينه ان كذبه المودع قالوا الا ان يدفعها اليه ببينة فانه لايكون القول قوله قالوا لانه اذا دفعها اليه ببينة فكانه ائتمنه على حفظها ولم يأتمنه على ردها فيصدق في تلفها ولايصدق على ردها هذا هو المشهور عن مالك وأصحابه وقد قيل عن ابن القاسم ان القول قوله وان دفعها اليه ببينة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وهو القياس لانه فرق بين التلف ودعوى الرد ويبعد ان تنتقض الامانة وهذا فيمن دفع الامانة الى اليد التي دفعتها اليه . وأما من دفعها الى غير اليد التي دفعتها اليه فعليه ماعلى ولي اليتيم من الاشهاد عند مالك والا ضمن يريد قول الله عزوجل (فاذا دفعتم اليهم أموالهم فاشهدوا عليهم) فان أنكر القابض القبض فلا يصدق المستودع في الدفع عند مالك وأصحابه إلا

بينة وقد قيل انه يتخرج من المذهب انه يصدق في ذلك وسواء عند مالك أمر صاحب الوديعة بدفعها الى الذى دفعها أو لم يأمر وقال ابو حنيفة ان كان ادعى دفعها الى من أمره بدفعها فالقول قول المستودع مع يمينه فان اقر المدفوع اليه بالوديعة أعنى اذا كان غير المودع وادعى التلف فلا يخلو ان يكون المستودع دفعها الى امانة وهو وكيل المستودع أو الى ذمة فان كان القابض امينا فاختلف في ذلك قول ابن القاسم فقال مرة يبرأ الدافع بتصديق القابض وتكون المصيبة من الآمر للوكيل بالقبض ومرة قال لا يبرأ الدافع الا بالاقامة البينة على الدفع اويأتى القابض بالمال . وأما ان دفع الى ذمة مثل ان يقول رجل للذى عنده الوديعة ادفعها الى سلفا أوتسلفها في سلعة وأماأشبه ذلك فان كانت الذمة قائمة برىء الدافع في المذهب من غير خلاف وان كانت الذمة خربة فقولان ✩ والسبب في هذا الاختلاف كله أن الامانة تقوى دعوى المدعى حتى يكون القول قوله مع يمينه فمن شبه امانة الذى امره المودع ان يدفعها اليه أعنى الوكيل بامانة المودع عنده قال يكون القول قوله في دعواه التلف كدعوى المستودع عنده ومن رأى أن تلك الامانة اضعف قال لايبرأ الدافع بتصديق القابض مع دعوى التلف ومن رأى المأمور بمنزلة الآمر قال القول قول الدافع للمأمور كما كان القول قوله مع الآمر وهو مذهب أبى حنيفة ومن رأى أنه اضعف منه قال والدافع ضامن الا ان يحضر القابض المال واذا أودعها بشرط الضمان فالجمهور على انه لا يضمن وقال الغير يضمن وبالجملة فالفقهاء يرون باجمعهم انه لاضمان على صاحب الوديعة الا ان يتعدى ويختلفون في اشياء هل هي تعد أم ليس بتعد فمن مسائلهم المشهورة في هذا الباب اذا انفق الوديعة ثم رد مثلها أو أخرجها لنفقته ثم ردها فقال مالك يسقط عنه الضمان بحاله اذا ردها وقال ابو حنيفة ان ردها بعينها قبل ان ينفقها لم يضمن وان رد مثلها ضمن وقال عبد الملك والشافعى يضمن في الوجهين جميعا فمن غلظ الامر ضمنه اياها بتحريكها ونية استنفاقها ومن رخص لم يضمنها اذا أعاد مثلها ومنها اختلافهم في السفر بها فقال مالك ليس له أن يسافر بها الا أن تعطى له في سفر وقال أبو حنيفة له ان يسافر بها اذا كان الطريق آمنا ولم ينهه صاحب الوديعة ومنها أنه ليس للمودع عنده ان يودع الوديعة غيره من غير عذر فان فعل ضمن وقال أبو حنيفة ان أودعها عند من تلزمه نفقته لم يضمن لانه شبهه بأهل بيته وعند مالك ان يستودع ما أودع عند عياله الذين يأمنهم وهم تحت غلقه من زوج أو ولد أو امة أو من أشبههم وبالجملة فعند الجميع انه يجب عليه ان يحفظها مما جرت به عادة الناس ان تحفظ أموالهم فما كان بينا من ذلك أنه حفظ اتفق عليه وما كان غير بين انه حفظ اختلف فيه مثل اختلافهم في المذهب فيمن جعل وديعة في جيبه فذهبت والاشهر انه يضمن وعند ابن وهب ان من أودع

وديعة فى المسجد فجملها على نعله فذهبت انه لاضمان عليـه ويختلف في المذهب في ضمانها بالنسيان مثل ان ينساها في موضع أوينسى من دفعها اليه ويدعيها رجلان فقيل يحلفان وتقسم بينهما وقيل انه يضمن لكل واحد منهم واذا أراد السفر فله عند مالك أن يودعها عند ثقة من أهل البلد ولاضمان عليه قدر على دفعها الى الحاكم أولم يقدر واختلف فى ذلك أصحاب الشافعى فمنهم من يقول انأودعها لغير الحاكم ضمن وقبول الوديعة عند مالك لايجب في حال ومن العلماء من يرى أنه واجب اذا لم يجد المودع من يودعها عنده ولا أجر للمودع عنده على حفظ الوديعة ومايحتاج اليه من مسكن أو نفقة فعلى ربها . واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور وهو فيمن اودع مالافتعدى فيه وتجربه فربح فيه هل ذلك الربح حلال له أم لافقال مالك والليث وأبو يوسف وجماعة اذا رد المال طاب له الربح وان كان غاصبا للمال فضلاعن ان يكون مستودعا عنده ، وقال أبو حنيفة وزفر ومحمد بن الحسن يؤدى الاصل ويتصدق بالربح ، وقال قوم لرب الوديعة الاصل والربح وقال قوم هو مخير بين الاصل والربح وقال قوم البيع الواقع في تلك التجارة فاسـد وهؤلاء هم الذين أوجبوا التصدق بالربح اذا مات فمن اعتبر التصرف قال الربح للمتصرف ومن اعتبر الاصل قال الربح لصاحب المال ولذلك لما أمر عمر رضى الله عنه ابنيه عبد الله وعبيد الله ان يصرفا المال الذى اسلفهما أبو موسى الاشعرى من بيت المال فتجرا فيه فربحا قيل له لوجعلته قراضا فاجاب الى ذلك لانه قد روى انه قد حصل للعامل جزء ولصاحب المال جزء وان ذلك عدل .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب العارية ﴾

والنظر في العارية في أركانها واحكامها وأركانها خمسة . الاعارة . والمعير . والمستعير والمعار . والصيغة . أما الاعارة فهى فعل خير ومندوب اليه وقد شدد فيها قوم من السلف الاول روى عن عبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود انهما قالا في قوله تعالى «ويمنعون الماعون» انه متاع البيت الذى يتعاطاه الناس بينهم من الفاس والدلو والحبل والقدر وماأشبه ذلك . وأما المعير فلايعتبر فيه الا كونه مالكا للعارية آما لرقبتها وأما لمنفعتها والاظهر أنها لاتصح من المستعير أعنى أن يعيرها . وأما العـارية فتكون في الدور

والارضين والحيوان وجميع مايعرف بعينه اذا كانت منفعته مباحة الاستعمال ولذلك لايجوز اباحة الجوارى للاستمتاع ويكره للاستخدام الا أن تكون ذا محرم . وأما صيغة الاعارة فهى كل لفظ يدل على الاذن وهى عقد جائز عند الشافعى وأبى حنيفة أى للمعير ان يسترد عاريته اذا شاء وقال مالك في المشهور ليس له استرجاعها قبل الانتفاع وان شرط مدة ما لزمته تلك المدة وان لم يشترط مدة لزمه من المدة مايرى الناس انه مدة لمثل تلك العارية ✡ وسبب الخلاف مايوجد فيها من شبه العقود اللازمة وغير اللازمة . وأما الاحكام فكثيرة وأشهرها هل هي مضمونة أو أمانة فنهم من قال أنها مضمونة وان قامت البينة على تلفها وهو قول أشهب والشافعى وأحد قولى مالك ومنهم من قال نقيض هذا وهو أنها ليست مضمونة أصلا وهو قول أبى حنيفة ومنهم من قال يضمن فيما يغاب عليه اذا لم يكن على التلف بينة ولا يضمن فيما لا يغاب عليه ولا فيما قامت البينة على تلفه وهو مذهب مالك المشهور وابن القاسم واكثر أصحابه ✡ وسبب الخلاف تعارض الآثار في ذلك وذلك أنه ورد في الحديث الثابت أنه قال عليه السلام لصفوان بن أمية بل عارية مضمونة مؤادة وفي بعضها بل عارية مؤادة وروى عنه أنه قال ليس على المستعير ضمان فمن رجح وأخذ بهذا أسقط الضمان عنه ومن أخذ بحديث صفوان بن أمية الزمه الضمان ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه فحمل هذا الضمان على ما يغاب عليه والحديث الآخر على ما لا يغاب عليه الا أن الحديث الذى فيه ليس على المستعير ضمان غير مشهور وحديث صفوان صحيح ومن لم ير الضمان شبهها بالوديعة ومن فرق قال الوديعة مقبوضة لمنفعة الدافع والعارية لمنفعة القابض . واتفقوا في الاجارة على انها غير مضمونة أعنى الشافعى وأبا حنيفة ومالكا ويلزم الشافعى اذا سلم أنه لا ضمان عليه في الاجارة أن لايكون ضمان في العارية ان سلم ان سبب الضمان هو الانتفاع لانه اذا لم يضمن حيث قبض لمنفعتهما فاحرى ان لايضمن حيث قبض لمنفعته اذ كانت منفعة الدافع مؤثرة في اسقاط الضمان واختلفوا اذا شرط الضمان فقال قوم يضمن وقال قوم لايضمن والشرط باطل ويجيء على قول مالك اذا اشترط الضمان في الموضع الذى لايجب فيه عليه الضمان ان يلزم اجارة المثل في استعماله العارية لان الشرط يخرج العارية عن حكم العارية الى باب الاجارة الفاسدة اذا كان صاحبها لم يرض ان يعيرها الا بأن يخرجها في ضمانه فهو عوض مجهول فيجب ان يرد الى معلوم واختلف عن مالك والشافعى اذا غرس المستعير وبنى ثم انقضت المدة التى استعار اليها . فقال مالك المالك بالخيار ان شاء أخذ

المستعير بقلع غراسته وبنائه وان شاء اعطاه قيمته مقلوعا اذا كان مما له قيمة بعد القلع وسواء عند مالك انقضت المدة المحدودة بالشرط أو بالعرف أو العادة . وقال الشافعى اذا لم يشترط عليه القلع فليس له مطالبته بالقلع بل يخير المعير بان يبقيه باجر يعطيه أو ينقض بارش أو بتمليك ببدل فايهما اراد المعير أجبر عليه المستعير فان أبى كلف تفريغ الملك وفي جواز بيعه للنقص عنده خلاف لانه معرض للنقص فرأى الشافعى ان أخذه المستعير بالقلع دون ارش هو ظلم ورأى مالك ان عليه اخلاء المحل وان العرف يتنزل منزلة الشروط وعند مالك أنه ان استعمل العارية استعمالا ينقصها عن الاستعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال . واختلفوا من هذا الباب في الرجل يسأل جاره أن يعيره جداره ليغرز فيه خشبة لمنفعة ولا تضر صاحب الجدار وبالجملة في كل ما ينتفع به المستعير ولا ضرر على المعير فيه فقال مالك وأبو حنيفة لا يقضى عليه به اذ العارية لا يقضى بها وقال الشافعى وأحمد وأبو ثور وداود وجماعة أهل الحديث يقضى بذلك وحجتهم ما خرجه مالك عن ابن شهاب عن الاعرج عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة فى جداره ثم يقول أبو هريرة مالى أراكم عنها معرضين والله لارمين بها بين أكتافكم واحتجوا أيضا بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب ان الضحاك بن قيس ساق خليجا من العريض فاراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فابى محمد فقال له الضحاك أنت تمنعنى وهو لك منفعة تسقى منه أولا وآخراً ولا يضرك فابى محمد فكلم فيه الضحاك عمر بن الخطاب فدعى عمر محمد بن مسلمة فامره أن يخلى سبيله قال محمد لا فقال عمر لا تمنع أخاك ما ينفعه ولا يضرك فقال محمد لا فقال عمر والله ليمرن به ولو على بطنك فامره عمر ان يمر به ففعل الضحاك وكذلك حديث عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه أنه قال كان في حائط جدى ربيع لعبد الرحمن بن عوف فاراد ان يحوله الى ناحية من الحائط فمنعه صاحب الحائط فكلم عمر بن الخطاب فقضى لعبد الرحمن بن عوف بتحويله وقد عذل الشافعى مالكا لادخاله هذه الاحاديث في موطئه وتركه الاخذ بها وعمدة مالك وأبى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام: لا يحل مال امرىء مسلم الاعن طيب نفس منه وعند الغير ان عموم هذا مخصص بهذه الاحاديث وبخاصة حديث أبى هريرة وعند مالك انها محمولة على الندب وانه اذا أمكن أن تكون مخصصة وان تكون على الندب فحملها على الندب أولى لان بناء العام على الخاص انما يجب اذا لم يمكن بينهما جمع ووقع التعارض وروى اصبغ عن ابن القاسم انه لا يؤخذ بقضاء عمر على محمد بن مسلمة في الخليج ويؤخذ بقضائه لعبد الرحمن بن عوف في تحويل الربيع وذلك

انه رأى ان تحويل الربيع أيسر من ان يمر عليه بطريق لم يكن قبل وهذا القدر كاف بحسب غرضنا .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الغصب ﴾

وفيه بابان ، الاول في الضمان وفيه ثلاثة أركان ، الاول الموجب للضمان ، والثاني مافيه الضمان والثالث الواجب ؛ وأما الباب الثاني فهو في الطوارىء على المغصوب

(الباب الاول)

﴿ الركن الاول ﴾

وأما الموجب للضمان فهو اما المباشرة لاخذ المال المغصوب أولاتلافه وأما المباشرة للسبب المتلف وأما اثبات اليد عليه ، واختلفوا في السبب الذى يحصل بمباشرته الضمان اذا تناول التالف بواسطة سبب آخر هل يحصل به ضمان أم لا وذلك مثل ان يفتح قفصا فيه طائر فيطير بعد الفتح فقال مالك يضمنه هاجه على الطيران أولم يهجه وقال أبو حنيفة لا يضمن على حال وفرق الشافعى بين ان يهجه على الطيران أو لا يهجه فقال يضمن ان هاجه ولا يضمن ان لم يهجه ومن هذا من حفر بئراً فسقط فيه شيء فهلك فمالك والشافعى يقولان ان حفره بحيث ان يكون حفره تعديا ضمن ماتلف فيه والالم يضمن ويجىء على اصل أبى حنيفة انه لا يضمن مسئلة الطائر وهل يشترط في المباشرة العمد اولا يشترط فالاشهر أن الاموال تضمن عمداً وخطأ وان كانوا قد اختلفوا في مسائل جزئية من هذا الباب وهل يشترط فيه ان يكون مختاراً فالمعلوم عن الشافعى انه يشترط ان يكون مختاراً ولذلك رأى على المكره الضمان أعنى المكره على الاتلاف .

(الركن الثانى)

وأما مايجب فيه الضمان فهو كل مال أتلفت عينه أوتلفت عند الغاصب عينه بامر

من السماء أو سلطت اليد عليه وتملك وذلك فيما ينقل ويحول باتفاق . واختلفوا فيما لاينقل ولا يحول مثل العقار فقال الجمهور انها تضمن بالغصب اعني انها أن انهدمت الدار ضمن قيمتها وقال ابو حنيفة لايضمن ✡ وسبب اختلافهم هل كون يد الغاصب على العقار مثل كون يده على ماينقل ويحول فمن جعل حكم ذلك واحدا قال بالضمان ومن لم يجعل حكم ذلك واحدا قال لاضمان .

(الركن الثالث)

وهو الواجب في الغصب والواجب على الغاصب ان كان المال قائما عنده بعينه لم تدخله زيادة ولانقصان أن يرده بعينه وهذا لاخلاف فيه فاذا ذهبت عينه فانهم اتفقوا على أنه اذا كان مكيلا أو موزونا أن على الغاصب المثل اعني مثل ما استهلك صفة ووزنا واختلفوا في العروض فقال مالك لايقضى في العروض من الحيوان وغيره الا بالقيمة يوم استهلك وقال الشافعي وأبو حنيفة وداود الواجب في ذلك المثل ولاتلزم القيمة الاعند عدم المثل وعمدة مالك حديث أبي هريرة المشهور عن النبي صلى الله عليه وسلم : من اعتق شقصا له في عبد قوم عليه الباقي قيمة العدل الحديث ووجه الدليل منه أنه لم يلزمه المثل وألزمه القيمة وعمدة الطائفة الثانية قوله تعالى « فجزاء مثل ماقتل من النعم » ولان منفعة الشيء قد تكون هي المقصودة عند المتعدى عليه ومن الحجة لهم ماخرجه ابو داود من حديث انس وغيره ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه فأرسلت إحدى امهات المؤمنين جارية بقصعة لها فيها طعام قال فضربت بيدها فكسرت القصعة فأخذ النبي صلى الله عليه وسلم الكسرتين فضم احداها الى الاخرى وجعل فيها جميع الطعام ويقول غارت امكم كلوا كلوا حتى جاءت قصعتها التي في بيتها وحبس رسول الله صلى الله عليه وسلم القصعة حتى فرغوا فدفع الصحفة الصحيحة الى الرسول وحبس المكسورة في بيته وفي حديث آخر أن عائشة كانت هي التي غارت وكسرت الاناء وأنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم ما كفارة ماصنعت قال اناء مثل اناء وطعام مثل طعام .

(الباب الثاني في الطوارىء)

والطوارىء على المغصوب إما زيادة وإما بنقصان وهذان إما من قبل المخلوق وإما من قبل الخالق . فأما النقصان الذي يكون بامر من السماء فانه ليس له الا ان يأخذه ناقصاً ويضمنه قيمته يوم الغصب وقيل ان له ان يأخذ ويضمن الغاصب قيمة

العيب . واما ان كان النقص بجناية الغاصب فالمغصوب مخير فى المذهب بين ان يضمنه القيمة يوم الغصب او يأخذه وما نقصته الجناية يوم الجناية عند ابن القاسم وعند سحنون مانقصته الجناية يوم الغصب وذهب اشهب الى انه مخير بين ان يضمنه القيمة أو يأخذه ناقصا ولا شيء له في الجناية كالذى يصاب بامر من السماء واليه ذهب ابن المواز * والسبب في هذا الاختلاف ان من جعل المغصوب مضمونا على الغاصب بالقيمة يوم الغصب جعل ماحدث فيه من نماء او نقصان كانه حدث في ملك صحيح فاوجب له الغلة ولم يوجب عليه في النقصان شيئا سواء كان من سببه أو من عند الله وهو قياس قول أبى حنيفة وبالجملة فقياس قول من يضمنه قيمته يوم الغصب فقط ومن جعل المغصوب مضمونا على الغاصب بقيمته في كل أوان كانت يده عليه أخذه بارفع القيم واوجب عليه رد الغلة وضمان النقصان سواء كان من فعله او من عند الله وهو قول الشافعى او قياس قوله ومن فرق بين الجناية التى تكون من الغاصب وبين الجناية التى تكون بامر من السماء وهو مشهور مذهب مالك وابن القاسم فعمدته قياس الشبه لانه رأى أن جناية الغاصب على الشيء الذى غصبه هو غصب ثان متكرر منه كما لو جنى عليه وهو في ملك صاحبه فهذا هو نكتة الاختلاف في هذا الباب فقف عليه . واما ان كان الجناية عند الغاصب من غير فعل الغاصب فالمغصوب مخير بين أن يضمن الغاصب القيمة يوم الغصب ويتبع الغاصب الجانى وبين أن يترك الغاصب ويتبع الجانى بحكم الجنايات فهذا حكم الجنايات على العين في يد الغاصب . وأما الجناية على العين من غير أن يغصبها غاصب فانها تنقسم عند مالك الى قسمين جناية تبطل يسيراً من المنفعة والمقصود من الشيء باق فهذا يجب فيه ما نقص يوم الجناية وذلك بان يقوم صحيحا ويقوم بالجناية فيعطى مابين القيمتين . وأما ان كانت الجناية مما تبطل الغرض المقصود فان صاحبه يكون مخيرا ان شاء أسلمه للجانى واخذ قيمته وان شاء أخذ قيمة الجناية وقال الشافعى وابو حنيفة ليس له الا قيمة الجناية * وسبب الاختلاف الالتفات الى الحمل على الغاصب وتشبيه اتلاف أكثر المنفعة باتلاف العين . وأما النماء فانه على قسمين ، أحدهما ان يكون بفعل الله كالصغير يكبر والمهزول يسمن والعيب يذهب ، والثانى ان يكون مما أحدثه الغاصب . فاما الاول فانه ليس بفوت . وأما النماء بما أحدثه الغاصب في الشيء المغصوب فانه ينقسم فيما رواه ابن القاسم عن مالك الى قسمين أحدهما ان يكون قد جعل فيه من ماله ماله عين قائمة كالصبغ في الثوب والنقش في البناء وما اشبه ذلك ، والثانى أن لا يكون قد جعل فيه من ماله سوى العمل كالخياطة والنسج وطحن الحنطة والخشبة يعمل منها توابيت فاما الوجه الاول وهو أن يجعل

فيه من ماله ماله عين قائمة فانه ينقسم الى قسمين ، احدهما أن يكون ذلك الشيء مما يمكنه اعادته على حاله كالبقعة يبنيها وما أشبه ذلك ، والثانى أن لا يقدر على اعادته كالثوب يصبغه والسويق يلته فاما الوجه الاول فالمغصوب منه مخير بين أن يامر الغاصب باعادة البقعة على حالها وازالة ماله فيها مما جعله من نقض أو غيره وبين أن يعطى الغاصب قيمة ماله فيهامن النقض مقلوعا بعدحط اجر القلع وهذا اذا كان الغاصب ممن لا يتولى ذلك بنفسه ولا بغيره وانما يستأجر عليه وقيل أنه لا يحط من ذلك أجر القلع هذا ان كانت له قيمة . واما ان لم تكن له قيمة لم يكن للغاصب على المغصوب فيه شيء لان من حق المغصوب أن يعيد له الغاصب ما غصب منه على هيئته يان لم يطالبه بذلك لم يكن له مقال . وأما الوجه الثانى فهو فيه مخير بين أن فدفع قيمة الصبغ وما أشبهه ويأخذ ثوبه وبين أن يضمنه قيمة الثوب يوم غصبه الا في السويق الذى يلته في السمن وما أشبه ذلك من الطعام فلا يخير فيه لما يدخله من الربا ويكون ذلك فوتا يلزم الغاصب فيه المثل أو القيمة فيما لا مثل له . وأماالوجه الثانى من التقسيم الاول وهو أن لا يكون أحدث الغاصب فيما أحدثه في الشيء المغصوب سوى العمل فان ذلك أيضا ينقسم قسمين . أحدهما أن يكون ذلك يسيراً لا ينتقل به الشيء عن اسمه بمنزلة الخياطة في الثوب أو الرفوله ، والثانى أن يكون العمل كثيرا ينتقل به الشيء المغصوب عن اسمه كالخشبة يعمل منها تابوتا والقمح يطحنه والغزل ينسجه والفضة يصوغها حلياً أو دراهم . فاما الوجه الاول فلا حق فيه للغاصب ويأخذ المغصوب منه الشيء المغصوب معمولا ، وأما الوجه الثانى فهو فوت يلزم الغاصب قيمة الشيء المغصوب يوم غصبه أو مثله فى ماله مثل هذا تفصيل مذهب ابن القاسم في هذا المعنى وأشهب يحمل ذلك كله للمغصوب اصله مسئلة البنيان فيقول انه لاحق للغاصب فيمالا يقدر على اخذه من الصبغ والرفو والنسج والدباغ والطحين وقد روى عن ابن عباس أن الصبغ تفويت يلزم الغاصب فيه القيمة يوم الغصب وقد قيل انهما يكونان شريكين هذا بقيمة الصبغ وهذا بقيمة الثوب ان ابى رب الثوب أن يدفع قيمة الصبغ وان أبى الغاصب ان يدفع قيمة الثوب وهذا القول أنكره ابن القاسم في المدونة في كتاب اللقطة وقال ان الشركة لاتكون الا فيما كان بوجه شبهة جلية وقول الشافعى في الصبغ مثل قول ابن القاسم الا أنه يجيز الشركة بينهما ويقول انه يؤمر الغاصب بقلع الصبغ ان أمكنه وان نقص الثوب ويضمن للمغصوب مقدار النقصان وأصول الشرع تقتضى أن لا يستحل مال الغاصب من أجل غصبه وسواء كان منفعة أو عيناً الا أن يحتج محتج بقوله عليه الصلاة

والسلام. ليس العرق ظالم حق لكن هـذا مجمل ومفهومه الاول انه ليس له منفعة متولدة بين ماله وبين الشيء الذى غصبه أعنى ماله المتعلق بالمغصوب فهذا هو حكم الواجب فى عين المغصوب تغير أولم يتغير. وأما حكم غلته فاختلف في ذلك في المذهب على قولين : أحدهما ان حكم الغلة حكم الشيء المغصوب ، والثانى ان حكمها بخلاف الشيء المغصوب فمن ذهب الى أن حكمها حكم الشيء المغصوب وبه قال أشهب من أصحاب مالك يقول انما تلزمه الغلة يوم قبضها أو أكثر مما انتهت اليه قيمتها على قول من يرى ان الغاصب يلزمه ارفع القيم من يوم غصبها لاقيمة الشيء المغصوب يوم الغصب وأما الذين ذهبوا الى ان حكم الغلة بخلاف حكم الشيء المغصوب فاختلفوا في حكمها اختلافا كثيرا بعد اتفاقهم على أنها إن تلفت ببينة انه لاضمان على الغاصب وأنه ان ادعى تلفها لم يصدق وان كان مما لايغاب عليه وتحصيل مذهب هؤلاء في حكم الغلة هو أن الغلال تنقسم الى ثلاثة أقسام . أحدها غلة متولدة عن الشيء المغصوب على نوعه وخلقته وهو الولد . وغلة متولدة عن الشيء لاعلى صورته وهو مثل الثمر ولبن الماشية وجبنها وصوفها . وغلال غير متولدة بل هي منافع وهي الاكرية والخراجات وما اشبه ذلك فأما ماكان على خلقته وصورته فلاخلاف أعلمه ان الغاصب يرده كالولد مع الام المغصوبة وان كان ولد الغاصب وانما اختلفوا في ذلك اذا ماتت الام فقال هو مخير بين الولد وقيمة الام وقال الشافعى بل يرد الولد وقيمة الام وهو القياس وأما ان كان متولدا على غير خلقة الاصل وصورته ففيه قولان . أحدهما أن للغاصب ذلك المتولد . والثانى انه يلزمه رده مع الشيء المغصوب ان كان قائما أو قيمتها ان ادعى تلفها ولم يعرف ذلك الا من قوله فان تلف الشيء المغصوب كان مخيرا بين ان يضمنه بقيمته ولا شيء له في الغلة وبين ان يأخذه بالغلة ولا شيء له من القيمة . وأماما كان غير متولد فاختلفوا فيه على خمسة اقوال . أحدها أنه لايلزمه رده جملة من غير تفصيل ، والثانى أنه يلزمه رده من غير تفصيل ايضا ، والثالث انه يلزمه الرد إن ان اكرى ولايلزمه الرد ان انتفع أو عطل والرابع يلزمه ان اكرى او انتفع ، ولايلزمه ان عطل ، والخامس الفرق بين الحيوان والاصول اعنى انه يرد قيمة منافع الاصول ولايرد قيمة منافع الحيوان وهذا كله فيما اغتل من العين المغصوبة مع عينها وقيامها وأما مااغتل منها بتصريفها وتحويل عينها كالدنانير فيغتصبها فيتجربها فيربح فالغلة له قولا واحداً في المذهب وقال قوم الربح للمغصوب وهذا أيضا اذا قصد غصب الاصل . وأما اذا قصد غصب الغلة دون الاصل فهو ضامن للغلة باطلاق ولا خلاف في ذلك سواء عطل أو انتفع اوا كرى كان مما يزال به أو بما لايزال به وقال ابو حنيفة انه من تعدى على دابة رجل فركبها اوحمل عليها فلا كراء

عليه في ركوبه اياها ولا في حمله لانه ضامن لهـا ان تلفت في تعديه وهذا قوله في كل ماينقل ويحول فانه لما رأى انه قد ضمنه بالتعدى وصار في ذمته جازت له المنفعة كما تقول المالـكية فيما تجربه من المال المغصوب وان كان الفرق بينهما ان الذى تجر به تحولت عينه وهذا لم تتحول عينه ☆ وسبب اختلافهم في هل يرد الغاصب الغلة اولا يردها اختلافهم في تعميم قوله عليه الصلاة والسلام : الخراج بالضمان وقوله عليه الصلاة والسلام : ليس لعرق ظالم حق وذلك ان قوله عليه الصلاة والسـلام هذا خرج على سبب وهو في غلام قيم فيه بعيب فأراد الذى صرف عليه ان يرد المشترى غلته واذا خرج العام على سبب هل يقصر على سببه أم يحمل على عمومه فيه خلافه بين فقهاء الامصار مشهور فمن قصر ههنا هذا الحكم على سببه قال انمـا تجب الغلة من قبل الضمان فيما صار الى الانسان بشبهة مثـل أن يشترى شيئاً فيستغله فيستحق منه : وأما ما صار اليه بغير وجه شبهة فلا تجوز له الغلة لانه ظالم وليس لعرق ظالم حق فعمم هذا الحديث في الاصل والغلة أعنى عموم هذا الحديث وخصص الثانى . وأما من عكس الامر فعمم قوله عليه الصلاة والسلام : الخراج بالضمان على أكثر من السبب الذى خرج عليه وخصص قوله عليه الصلاة والسلام : ليس لعرق ظالم حق فان جعل ذلك في الرقبة دون الغلة قال لا يرد الغلة الغاصب واما من المعنى كما تقدم من قولنا فالقياس أن تجرى المنافع والاعيان المتولدة مجرى واحـد وان يعتبر التضمين أولا يعتـبر وأما سائر الاقاويل التى بين هذين فهى استحسان . وأجمع العلماء على ان من اغترس نخلا أو ثمرا وبالجملة نباتا في غير أرضه انه يؤمر بالقلع لما ثبت من حديث مالك عن هشام بن عروة عن أبيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من أحيا أرضا ميتة فهى له وليس لعرق ظالم حق والعرق الظالم عندهم هو ما اغترس الى أرض الغير وروى أبو داود في هذا الحديث زيادة قال عروة ولقد حدثنى الذى حدثنى هذا الحديث ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم غرس أحدهما نخلا في أرض الآخر فقضى لصاحب الارض بأرضه وأمر صاحب النخل أن يخرج نخله منها قال فلقـد رأيتها وانهـا لتضرب أصولها بالفؤوس وانها لنخل عم حتى أخرجت منها الا ماروى في المشـهور عن مالك ان من زرع زرعا في أرض غيره وفات أو ان زراعته لم يكن لصاحب الأرض أن يقلع زرعه وكان على الزارع كراء الارض وقد روى عنه مايشبه قياس قول الجمهور وعلى قوله ان كل مالا ينتفع الغاصب به اذا قلعه وأزاله أنه للمغصوب يكون الزرع على هـذا للزارع وفرق قوم بين الزرع والثمار فقالوا الزارع في أرض غيره له نفقته وزريعته وهو قول كثير من أهل المدينة وبه قال أبو عبيد وروى عن رافع بن خديج انه

قال عليه الصلاة والسلام: من زرع في أرض قوم بغير أذنهم فله نفقته وليس له من الزرع شيء. واختلف العلماء في القضاء فيما أفسدته المواشي والدواب على أربعة أقوال، أحدها أن كل دابة مرسلة فصاحبها ضامن لما أفسدته، والثاني أن لا ضمان عليه والثالث أن الضمان على أرباب البهائم بالليل ولا ضمان عليهم فيما أفسدته بالنهار، والرابع وجوب الضمان في غير المنفلت ولا ضمان في المنفلت. وممن قال يضمن بالليل ولا يضمن بالنهار مالك والشافعي وبأن لا ضمان عليهم أصلا قال أبو حنيفة وأصحابه وبالضمان باطلاق قال الليث الا أن الليث قال لا يضمن أكثر من قيمة الماشية والقول الرابع مروي عن عمر رضي الله عنه فعمدة مالك والشافعي في هذا الباب شيئان. أحدهما قوله تعالى (وداود وسليمان اذ يحكمان فى الحرث اذ نفشت فيه غنم القوم) والنفش عند أهل اللغة لا يكون الا بالليل وهذا الاحتجاج على مذهب من يرى أنا مخاطبون بشرع من قبلنا، والثاني مرسله عن ابن شهاب أن ناقة للبراء بن عازب دخلت حائط قوم فافسدت فيه فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن على أهل الحوائط بالنهار حفظها وان ما أفسدته المواشي بالليل ضامن على أهلها أي مضمون وعمدة أبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام: العجماء جرحها جبار وقال الطحاوي وتحقيق مذهب أبي حنيفة أنه لا يضمن اذا ارسلها محفوظة. فاما اذا لم يرسلها محفوظة فيضمن والمالكية تقول من شرط قولنا أن تكون الغنم في المسرح. وأما اذا كانت في أرض مزرعة لا مسرح فيها فهم يضمنون ليلا ونهارا وعمدة من رأى الضمان فيما أفسدت ليلا ونهارا شهادة الاصول له وذلك أنه تعد من المرسل والاصول على أن على المتعدي الضمان ووجه من فرق بين المنفلت وغير المنفلت بين فان المنفلت لا يملك ✡ فسبب الخلاف في هذا الباب معارضة الأصل للسمع ومعارضة السماع بعضه لبعض أعني ان الاصل يعارض جرح العجماء جبار ويعارض أيضا التفرقة التي في حديث البراء وكذلك التفرقة التي في حديث البراء تعارض أيضا قوله جرح العجماء جبار. ومن مسائل هذا الباب المشهورة اختلافهم في حكم ما يصاب من أعضاء الحيوان فروى عن عمر بن الخطاب أنه قضى فى عين الدابة بربع ثمنها وكتب الى شريح فامره بذلك وبه قال الكوفيون وقضى به عمر بن عبد العزيز وقال الشافعي ومالك يلزم فيما أصيب من البهيمة ما نقص في ثمنها قياسا على التعدي فى الاموال والكوفيون اعتمدوا في ذلك على قول عمر رضي الله عنه وقالوا اذا قال الصاحب قولا ولا مخالف له من الصحابة وقوله مع هذا مخالف للقياس وجب العمل به لانه يعلم أنه انما صار الى القول به من جهة التوقيف ✡

فسبب الخلاف اذاً معارضة القياس لقول الصاحب . ومن هذا الباب اختلافهم في الجمل الصؤول وما أشبهه يخاف الرجل على نفسه فيقتله هل يجب عليه غرمه أم لا فقال مالك والشافعي لا غرم عليه اذا بان أنه خافه على نفسه وقال أبو حنيفة والثوري يضمن قيمته على كل حال وعمدة من لم ير الضمان القياس على من قصد رجلا فاراد قتله فدافع المقصود عن نفسه فقتل في المدافعة القاصد المتعدي أنه ليس عليه قود واذا كان ذلك في النفس كان في المال أحرى لان النفس أعظم حرمة من المال وقياسا أيضا على إهدار دم الصيد الحرمي اذا صال وبه تمسك حذاق أصحاب الشافعي وعمدة أبي حنيفة ان الاموال تضمن بالضرورة اليها أصله المضطر الى طعام الغير ولا حرمة للبعير من جهة ما هو ذو نفس . ومن هذا الباب اختلافهم في المكرهة على الزنا هل على مكرهها مع الحد صداق أم لا فقال مالك والشافعي والليث عليه الصداق والحد جميعا وقال أبو حنيفة والثوري عليه الحد ولا صداق عليه وهو قول ابن شبرمة وعمدة مالك أنه وجب عليه حقان حق لله وحق للآدمي فلم يسقط أحدهما الآخر أصله السرقة التي يجب بها عندهم غرم المال والقطع ، وأما من لم يوجب الصداق فتعلق في ذلك بمعنيين ، أحدهما أنه اذا اجتمع حقان حق لله وحق للمخلوق سقط حق المخلوق لحق الله وهذا على رأي الكوفيين في أنه لا يجمع على السارق غرم وقطع ، والمعنى الثاني أن الصداق ليس مقابل البضع وانما هو عبادة اذ كان النكاح شرعيا واذا كان ذلك كذلك فلا صداق في النكاح الذي على غير الشرع . ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب من غصب اسطوانة فبنى عليها بناء يساوي قائما أضعاف قيمة الاسطوانة فقال مالك والشافعي يحكم على الغاصب بالهدم ويأخذ المغصوب منه اسطوانته وقال أبو حنيفة تفوت بالقيمة كقول مالك فيمن غير المغصوب بصناعة لها قيمة كثيرة وعند الشافعي لا يفوت المغصوب بشيء من الزيادة وههنا انقضى هذا الكتاب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب الاستحقاق)

وجل النظر في هذا الكتاب هو في أحكام الاستحقاق وتحصيل أصول أحكام هذا الكتاب. ان الشي المستحق من يد انسان بما تثبت به الاشياء في الشرع لمستحقها اذا صار الى ذلك الانسان الذى استحق من يده الشيء المستحق بشراء أنه لا يخلو من أن يستحق من ذلك الشيء أقله أو كله أو جله ثم اذا استحق منه كله أو جله فلا يخلو أن يكون قد تغير عند الذى هو بيده بزيادة أو نقصان أو يكون لم يتغير ثم لا يخلو أيضا أن يكون المستحق منه قد اشتراه بثمن أو مثمون فاما ان كان استحق منه أقله فانه انما يرجع عند مالك على الذى اشتراه منه بقيمة ما استحق من يده وليس له أن يرجع بالجميع . واما ان استحق كله أو جله فان كان لم يتغير أخذه المستحق ورجع المستحق من يده على الذى اشتراه منه بثمن ما اشتراه منه ان كان اشتراه بثمن وان كان اشتراه بالمثمون رجع بالمثمون بعينه ان كان لم يتغير فان تغير تغيراً يوجب اختلاف قيمته رجع بقيمته يوم الشراء وان كان المال المستحق قد بيع فان للمستحق ان يمضى البيع ويأخذ الثمن أو ياخذه بعينه فهذا حكم المستحق والمستحق من يده مالم يتغير الشيء المستحق فان تغير الشيء المستحق فلا يخلو ان يتغير بزيادة أو نقصان فاما ان كان تغير بزيادة فلا يخلو ان يتغير بزيادة من قبل الذى استحق من يده الشيء . أو بزيادة من ذات الشيء . فاما الزيادة من ذات الشيء فياخذها المستحق مثل ان تسمن الجارية او يكبر الغلام . وأما الزيادة من قبل المستحق منه فمثل أن يشترى الدار فيبنى فيها فتستحق من يده فانه مخير بين أن يدفع قيمة الزيادة وياخذ ما استحقه وبين أن يدفع اليه المستحق من يده قيمة ما استحق أو يكونا شريكين هذا بقدر قيمة ما استحق من يده وهذا بقدر قيمة ما بنى أو ما غرس وهو قضاء عمر بن الخطاب . واما ان كانت الزيادة ولادة من قبل المستحق منه مثل ان يشترى أمة فيولدها ثم تستحق منه أو يزوجها على أنها حرة فتخرج أمة فانهم اتفقوا على أن المستحق ليس له أن ياخذ أعيان الولد . واختلفوا في أخذ قيمتهم . وأما الام فقيل ياخذها بعينها وقيل ياخذ قيمتها . وأما ان كان الولد بنكاح فاستحقت بعبودية فلا خلاف أن لسيدها أن ياخذها ويرجع الزوج بالصداق على من غره واذا

ألزمناه قيمة الولد لم يرجع بذلك على من غره لان المغرور لم يتعلق بالولد . وأما غلة الشيء المستحق فانه اذا كان ضامناً بشبهة ملك فلا خلاف أن الغلة للمستحق منه وأعني بالضمان انها تكون من خسارته اذا هلكت عنده . وأما اذا كان غير ضامن مثل ان يكون وارثا فيطرأ عليه وارث آخر فيستحق بعض مافي يده فانه يرد الغلة . وأما ان كان غير ضامن الا انه ادعى في ذلك ثمنا مثل العبد يستحق بحرية فانه وان هلك عنده يرجع بالثمن ففيه قولان انه لايضمن اذا لم يجد على من يرجع ويضمن اذا وجد على من يرجع . واما من أي وقت تصح الغلة للمستحق فقيل يوم الحكم وقيل من يوم ثبوت الحق وقيل من يوم توقيفه واذا قلنا ان الغلة تجب للمستحق في احد هذه الاوقات الثلاثة فاذا كانت اصولا فيها ثمر فادرك هذا الوقت الثمر ولم يقطف بعده فقيل انها للمستحق مالم تقطف وقيل مالم تيبس وقيل مالم يطب ويرجع عليه بما سقى وعالج المستحق من يديه وهذا ان كان اشترى الاصول قبل الابار . واما ان كان اشتراها بعد الابار فالثمرة للمستحق عند ابن القاسم ان جذت ويرجع بالسقي والعلاج وقال أشهب هي للمستحق مالم تجذ والارض اذا استحقت فالكراء انما هو للمستحق ان وقع الاستحقاق في إبان زريعة الارض . وأما اذا خرج الابان فقد وجب كراء الارض للمستحق منه . واما ان كان تغير بنقصان فان كان من غير سبب المستحق من يديه فلا شيء على المستحق من يديه . وأما ان كان أخذ له ثمنا مثل ان يهدم الدار فيبيع نقضها ثم يستحقها من يده رجل آخر فانه يرجع عليه بثمن ماباع من النقض قال القاضي ولم أجد في هذا الباب خلافا يعتمد عليه فيما نقلته فيه من مذهب مالك واصحابه وهي أصولهم في هذا الباب ولكن يجيء على أصول الغير انه اذا كان المستحق مشترى بعرض وكان العرض قد ذهب ان يرجع المستحق من يده بعرض مثله لابقيمته اوهم الذين يرون في جميع المتلفات المثل وكذلك يجيء على أصول الغيرأن يرجع على المشترى اذا استحق منه قليل أو كثير لانه لم يدخل على الباقي ولا انعقد عليه بيع ولا وقع به تراض : كمل كتاب الاستحقاق بحمد الله .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

﴿ وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما ﴾

﴿ كتاب الهبات ﴾

والنظر في الهبة في اركانها . وفي شروطها . وفي أنواعها . وفي أحكامها . ونحن فانما

نذكر من هذه الاجناس مافيها من المسائل المشهورة (فنقول) أما الاركان فهى ثلاثة الواهب . والموهوب له . والهبة . أما الواهب فانهم اتفقوا على انه تجوز هبته اذا كان مالكا للموهوب صحيح الملك وذلك اذا كان في حال الصحة وحال اطلاق اليد واختلفوا في حال المرض وفى حال السفه والفلس . أما المريض فقال الجمهور انها في ثلثه تشبيها بالوصية أعنى الهبة التامة بشروطها وقالت طائفة من السلف وجماعة أهل الظاهر ان هبته تخرج من رأس ماله اذا مات ولا خلاف بينهم أنه اذا صح من مرضه أن الهبة صحيحة وعمدة الجمهور حديث عمران بن حصين عن النبى عليه الصلاة والسلام : في الذى أعتق ستة أعبد عند موته فامره رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعتق ثلثهم وارق الباقى وعمدة أهل الظاهر استصحاب الحال أعنى حال الاجماع وذلك أنهم لما اتفقوا على جواز هبته فى الصحة وجب استصحاب حكم الاجماع فى المرض الا أن يدل دليل من كتاب أو سنة بينة والحديث عندهم محمول على الوصية والامراض التى يحجر فيها عند الجمهور هي الامراض المخوفة وكذلك عند مالك الحالات المخوفة مثل الكون بين الصفين وقرب الحامل من الوضع وراكب البحر المرتج وفيه خلاف . وأما الامراض المزمنة فليس عندهم فيها تحجير وقد تقدم هذا في كتاب الحجر . وأما السفهاء والمفلسون فلا خلاف عند من يقول بالحجر عليهم ان هبتهم غير ماضية . وأما الموهوب فكل شىء صح ملكه واتفقوا على أن للانسان ان يهب جميع ماله للاجنبى واختلفوا في تفضيل الرجل بعض ولده على بعض في الهبة أوفي هبة جميع ماله لبعضهم دون بعض فقال جمهور فقهاء الامصار بكراهية ذلك له ولكن اذا وقع عندهم جاز وقال أهل الظاهر لا يجوز التفضيل فضلا عن أن يهب بعضهم جميع ماله وقال مالك يجوز التفضيل ولايجوز أن يهب بعضهم جميع المال دون بعض ودليل أهل الظاهر حديث النعمان بن بشير وهو متفق على صحته وان كان قد اختلف في ألفاظه والحديث أنه قال ان أباه بشيراً أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال انى نحلت ابنى هذا غلاما كان لى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل ولدك نحلته مثل هذا قال لاقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فارتجعه . واتفق مالك والبخارى ومسلم على هذا اللفظ قالوا والارتجاع يقتضى بطلان الهبة وفي بعض ألفاظ روايات هذا الحديث أنه قال عليه الصلاة والسلام : هذا جور وعمدة الجمهور أن الاجماع منعقد على أن للرجل ان يهب في صحته جميع ماله للاجانب دون أولاده فاذا كان ذلك للاجنبى فهو للولد أحرى واحتجوا بحديث أبى بكر المشهور انه كان نحل عائشة جذاذ عشرين وسقاً من مال الغابة فلما حضرته الوفاة قال والله يابنية مامن الناس أحد أحب الى

غنى بعدى منك ولا اعز على فقراً بعدى منك وانى كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا فلو كنت جذذتيه واحتزتيه كان لك وانما هو اليوم مال وارث قالوا وذلك الحديث المراد به الندب والدليل وعلى ذلك أن في بعض رواياته ألست تريد ان يكونوا لك في البر واللطف سواء قال نعم قال فاشهد على هذا غيرى . واما مالك فانه رأى أن النهى عن ان يهب الرجل جميع ماله لواحد من ولده هو احرى ان يحمل على الوجوب فاوجب عنده مفهوم هذا الحديث النهى عن يخص الرجل بعض أولاده بجميع ماله فسبب الخلاف فى هذه المسئلة معارضة القياس للفظ النهى الوارد وذلك أن النهى يقتضى عند الاكثر بصيغته التحريم كما يقتضى الامر الوجوب فمن ذهب الى الجمع بين السماع والقياس حمل الحديث على الندب أو خصصه في بعض الصور كما فعل مالك ولا خلاف عند القائلين بالقياس أنه يجوز تخصيص عموم السنة بالقياس وكذلك العدول بها عن ظاهرها أعنى أن يعدل بلفظ النهى عن عموم الحظر الى مفهوم الكراهية وأما اهل الظاهر فلما لم يجز عندهم القياس في الشرع اعتمدوا ظاهر الحديث وقالوا بتحريم التفضيل في الهبة . واختلفوا من هذا الباب في جواز هبة المشاع غير المقسوم فقال مالك والشافعى وأحمد وأبو ثور تصح وقال أبو حنيفة لا تصح وعمدة الجماعة أن القبض فيها يصح كالقبض في البيع وعمدة أبى حنيفة أن القبض فيها لا يصح الا مفردة كالرهن ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود وبالجملة كل ما لا يصلح بيعه في الشرع من جهة الغرر وقال الشافعى ما جاز بيعه جازت هبته كالدين وما لم يجز بيعه لم تجز هبته وكل ما لا يصح قبضه عند الشافعى لا تصح هبته كالدين والرهن . وأما الهبة فلا بد من الايجاب فيها والقبول عند الجميع ومن شرط الموهوب له أن يكون ممن يصح قبوله وقبضه . وأما الشروط فشهرها القبض أعنى أن العلماء اختلفوا هل القبض شرط في صحة العقد أم لا فاتفق الثورى والشافعى وأبو حنيفة ان من شرط صحة الهبة القبض وانه اذا لم يقبض لم يلزم الواهب وقال مالك ينعقد بالقول ويجبر على القبض كالبيع سواء فان تأنى الموهوب له عن طلب القبض حتى افلس الواهب أو مرض بطلت الهبة وله اذا باع تفصيل ان علم فتوانى لم يكن له الا الثمن وان قام في الفور كان له الموهوب فمالك القبض عنده في الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة وهو عند الشافعى وابى حنيفة من شروط الصحة وقال أحمد وأبو ثور تصح الهبة بالعقد وليس القبض من شروطها اصلا لا من شرط تمام ولا من شرط صحه وهو قول أهل الظاهر وقد روى عن أحمد بن حنبل ان القبض من شروطها في المكيل والموزون

فعمدة من لم يشترط القبض فى الهبة تشبيها بالبيع وأن الاصل فى العقود أن لاقبض مشترط فى صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض وعمدة من اشترط القبض ان ذلك مروى عن ابى بكر رضى الله عنه فى حديث هبته لعائشة المتقدم وهو نص فى اشتراط القبض فى صحة الهبة وماروى مالك عن عمر أيضا أنه قال مابال رجال ينحلون ابناءهم نحلا ثم يمسكونها فان مات ابن احدهم قال مالى بيدى لم أعطه احدا وان مات قال هو لابنى قد كنت اعطيته اياه فمن نحل نحلة فلم يحزها الذى نحلها للمنحول له وابقاها حتى تكون ان مات لورثته فهى باطلة وهو قول على قالوا وهو اجماع من الصحابة لانه لم ينقل عنهم فى ذلك خلاف : وأما مالك فاعتمد الامرين جميعا أعنى القياس وماروى عن الصحابة وجمع بينهما فمن حيث هي عقد من العقود لم يكن عنده شرطاً من شروط صحتها القبض ومن حيث شرطت الصحابة فيه القبض لسد الذريعة التى ذكرها عمر جعل القبض فيها من شرط التمام ومن حق الموهوب له وأنه ان تراخى حتى يفوت القبض بمرض أو افلاس على الواهب سقط حقه وجمهور فقهاء الامصار على ان الاب يحوز لابنه الصغير الذى فيه ولاية نظره وللكبير السفيه ما وهبه له كما يجوز لهما ماوهبه غيره لهم وأنه يكفى فى الحيازة له اشهاده بالهبة والاعلان بذلك وذلك كله فيما عدا الذهب والفضة وفيما لايتعين * والاصل فى ذلك عندهم مارواه مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أن عثمان بن عفان قال من نحل ابناله صغيراً لم يبلغ ان يحوز نحلته فاعلن ذلك واشهد عليه فهى حيازة وان وليها وقال مالك وأصحابه لابد من الحيازة فى المسكون والملبوس فان كانت داراً سكن فيها خرج منها وكذلك الملبوس ان لبسه بطلت الهبة وقالوا فى سائر العروض بمثل قول الفقهاء أعنى انه يكفى فى ذلك اعلانه وإشهاده . وأما الذهب والورق فاختلفت الرواية فيه عن مالك فروى عنه أنه لايجوز الا ان يخرجه الاب عن يده الى يد غيره وروى عنه أنه يجوز اذا جعلها فى ظرف او اناء وختم عليها بخاتم واشهد على ذلك الشهود ولاخلاف بين أصحاب مالك ان الوصى يقوم فى ذلك مقام الاب واختلفوا فى الام فقال ابن القاسم لاتقوم مقام الاب ورواه عن مالك وقال غيره من أصحابه تقوم وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى الجد بمنزلة الاب والجدة عند ابن وهب ام الام تقوم مقام الام والام عنده تقوم مقام الاب .

﴿ القول في أنواع الهبات ﴾

والهبة منها ماهى هبة عين ومنها ماهى هبة منفعة وهبة العين منها مايقصد بها الثواب ومنها مالا يقصد بها الثواب والتى يقصد بها الثواب منها ما يقصد بها وجه الله ومنها

مايقصد به وجه المخلوق . فاما الهبة لغير الثواب فلاخلاف في جوازها وإنما اختلفوا في أحـكامها . وأماهبة الثواب فاختلفوا فيها فاجازها مالك وأبو حنيفة ومنعها الشافعي وبه قال داود وأبو ثور ✡ وسبب الخلاف هـل هي بيع مجهول الثمن أو ليس بيعا مجهول الثمن فمن رآه بيعا مجهول الثمن قال هو من بيوع الغرر التي لاتجوز ومن لم ير أنها بيع مجهول قال يجوز وكأن مالـكا جعـل العرف فيها بمنزلة الشرط وهو ثواب مثلها ولذلك اختلف القول عندهم اذا لم يرض الواهب بالثواب ما الحكم فقيل تلزمه الهبة اذا أعطاه الموهوب القيمة وقيل لاتلزمه الاان يرضيه وهو قول عمر على ما سيأتي بعد فاذا اشترط فيه الرضا فليس هنالك بيع انعقد والاول هو المشهور عن مالك . وأما اذا ألزم القيمة فهنالك بيع انعقد وانما يحمل مالك الهبة على الثواب إذا اختلفوا في ذلك وخصوصاً إذا دلت قرينة الحال على ذلك مثل ان يهب الفقير للغني أو لمن يرى انه انما قصد بذلك الثواب . واما هبات المنافع فنها ماهي مؤجلة وهذه تسمى عارية ومنحة وما أشبه ذلك ومنها ما يشترط فيها مابقيت حياة الموهوب له وهذه تسمى العمرى مثل ان يهب رجل رجلا سكنى دار حياته وهذه اختلف العلماء فيها على ثلاثة اقوال ، أحدها انها هبة مبتوتة أي أنها هبة للرقبة وبه قال الشافعي وأبو حنيفة والثوري وأحمد وجماعة ، والقول الثاني انه ليس للمعمر فيها الا المنفعة فاذامات عادت الرقبة للمعمر أو إلى ورثته وبه قال مالك وأصحابه وعنـده انه ان ذكر العقب عادت اذا انقطع العقب الى المعمر أو الى ورثته ، والقول الثالث انه اذا قال هي عمرى لك ولعقبك كانت الرقبة ملكا للمعمر فاذا لم يذكـر العقب عادت الرقبة بعد موت المعمر للمعمر أو لورثته وبه قال داود وأبو ثور ✡ وسبب الخلاف في هذا الباب اختلاف الآثار ومعارضة الشرط والعمل للاثر . اما الاثر ففي ذلك حديثان ، أحدها متفق على صحته وهو مارواه مالك عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: أيما رجل أعمر عمرى له ولعقبه فانها للذي يعطاها لاترجع الى الذي أعطاها أبدا لانه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث ، والحديث الثاني حديث أبي الزبير عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يامعشر الانصار امسكوا عليكم أموالكم ولاتعمروها فمن أعمر شيئا حياته فهو له حياته ومماته وقد روى عن جابر بلفظ آخر لاتعمروا ولا ترقبوا فمن أعمر شيئا أوارقبه فهو لورثته فحديث أبي الزبير عن جابر مخالف لشرط المعمر وحديث مالك عنه مخالف أيضا لشرط المعمر الا انه يخيل أنه أقل في المخالفة وذلك ان ذكر العقب يوهم تبتيت العطية فمن غلب الحديث على الشرط قال بحديث أبي الزبير عن جابر وحديث مالك عن جابر ومن غلب الشرط قال بقول مالك .

وأمامن قال ان العمرى تعود الى المعمر ان لم يذكر العقب ولاتعود ان ذكر فانه اخذ بظاهر الحديث . وأماحديث أبى الزبير عن جابر فمختلف فيه أعنى روايةأبى الزبير عن جابر . وأما اذا أتى بلفظ الاسكان فقال أسكنتك هذه الدار حياتك فالجمهور على ان الاسكان عندهم او الاخدام بخلاف العمرى وان لفظ بالعقب فسوى مالك بين التعمير والاسكان وكان الحسن وعطاء وقتادة يسوون بين السكنى والتعمير في أنها لاتنصرف الى المسكن أبدا على قول الجمهور في العمرى والحق ان الاسكان والتعمير المعنى المفهوم منهما واحد وانه يجب ان يكون الحكم اذا صرح بالعقب مخالفا له اذا لم يصرح بذكر العقب على ماذهب اليه اهل الظاهر .

(القول في الاحكام) ومن مسائلهم المشهورة في هذا الباب جواز الاعتصار في الهبة وهو الرجوع فيها فذهب مالك وجمهور وعلماء المدينة ان للاب ان يعتصر ماوهبه لابنه مالم يتزوج الابن أولم يستحدث دينا وبالجملة مالم يترتب عليه حق الغير وان للام أيضا ان تعتصر ماوهبت ان كان الاب حيا وقد روى عن مالك أنها لاتعتصر وقال أحمد وأهل الظاهر لايجوز لاحد ان يعتصر ماوهبه وقال أبو حنيفة يجوز لكل أحد ان يعتصر ماوهبه الا ماوهب لذى رحم محرمة عليه وأجمعوا على أن الهبة التى يراد بها الصدقة أى وجه الله انه لايجوز لاحد الرجوع فيها ☆ وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض الاثار فمن لم ير الاعتصار أصلا احتج بعموم الحديث الثابت وهو قوله عليه الصلاة والسلام : العائد في هبته كالكلب يعود فى قيئه ومن استثنى الابوين احتج بحديث طاوس انه قال عليه الصلاة والسلام : لايحل لواهب ان يرجع في هبته الا الوالد وقاس الام على الوالد وقال الشافعى لو اتصل حديث طاوس لقلت به وقال غيره قد اتصل من طريق حسين المعلم وهو ثقة . وأما من أجاز الاعتصار الا لذوى الرحم المحرمة فاحتج بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه قال: من وهب هبة لصلة رحم أو على جهة صدقة فانه لايرجع فيها ومن وهب هبة يرى أنه انما أراد الثواب بها فهو على هبته يرجع فيها اذا لم يرض منها قالوا وأيضا فان الأصل ان من وهب شيئا عن غير عوض أنه لا يقضى عليه به كما لو وعد الا ما اتفقوا عليه من الهبة على وجه الصدقة وجهور العلماء على ان من تصدق على ابنه فمات الابن بعد ان حازها فانه يرثها وفي مرسلات مالك أن رجلا أنصاريا من الخزرج تصدق على أبويه بصدقة فهلكا فورث ابنهما المال وهو نخل فسأل عن ذلك النبي عليه الصلاة والسلام فقال: قد أجرت في صدقتك وخذها بميراثك وخرج أبوداود عن عبد الله بن بريدة عن أبيه عن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت كنت قد تصدقت على أمى بوليدة وانها ماتت

وتركت تلك الوليدة فقال صلى الله عليه وسلم : وجب أجرك ورجعت اليك بالميراث وقال أهل الظاهر لا يجوز الاعتصار لاحد لعموم قوله عليه الصلاة والسلام : لعمر لاتشتره في الفرس الذى تصدق به فان العائد في هبته كالـكلب يعود في قيئه والحديث متفق على صحته ☆ قال القاضى والرجوع في الهبة ليس من محاسن الاخلاق والشارع عليه الصلاة والسلام انما بعث ليتمم محاسن الاخلاق وهذا القدر كاف في هـذا البـاب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله علي سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الوصايا

والنظر فيها ينقسم أولا قسمين . القسم الاول النظر فى الأركان . والثانى في الاحكام ونحن فانما نتكلم من هذه فيما وقع فيها من المسائل المشهورة .

(القول في الاركان) والاركان أربعة الموصى. والموصى له. والموصى به. والوصية. أما الموصى فاتفقوا على انه كل مالك صحيح الملك ويصح عند مالك وصية السفيه والصبى الذى يعقل القرب وقال أبو حنيفة لاتجوز وصية الصبى الذى لم يبلغ وعن الشافعي القولان وكذلك وصية الكافر تصح عندهم اذا لم يوص بمحرم. وأما الموصى له فانهم اتفقوا على ان الوصية لاتجوز لوارث لقوله عليه الصلاة والسلام : لاوصية لوارث واختلفوا هل تجوز لغير القرابة فقال جمهور العلماء انها تجوز لغير الاقربين مع الكراهية وقال الحسن وطاوس ترد الوصية على القرابة وبه قال اسحق وحجة هؤلاء ظاهر قوله تعالى ﴿ الوصية للوالدين والاقربين ﴾ والالف واللام تقتضى الحصر واحتج الجمهور بحديث عمر ان ابن الحصين المشهور وهو أن رجلا اعتق ستة أعبد له في مرضه عند موته لامال له غيرهم فاقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم فاعتق اثنين وأرق أربعة والعبيد غير القرابة. واجمعوا كما قلنا انها لا تجوز لوارث اذا لم يجزها الورثة. واختلفوا كما قلنا اذا أجازتها الورثة فقال الجمهور تجوز وقال اهل الظاهر والمزنى لا تجوز ☆ وسبب الخلاف هل المنع لعلة الورثة. أو عبادة فمن قال عبادة قال لا تجوز وان اجازهـا الورثة ومن قال بالمنع لحق الورثة أجازها اذا اجازها الورثة وتردد هذا الخلاف راجع الى تردد المفهوم من قوله عليه الصلاة والسلام : لاوصية لوارث هـل هو معقول المعنى أم ليس بمعقول واختلفوا في

الوصية للميت فقال قوم تبطل بموت الموصى له وهم الجمهور وقال قوم لا تبطل وفي الوصية للقاتل خطأ وعمدا وفي هذا الباب فرع مشهور وهو اذا اذن الورثة للميت هل لهم أن يرجعوا في ذلك بعد موته فقيل لهم وقيل ليس لهم وقيل بالفرق بين أن يكون الورثة في عيال الميت أو لا يكونوا اعنى انهم ان كانوا في عياله كان لهم الرجوع والثلاثة الاقوال في المذهب .

(القول في الموصى به) والنظر في جنسه وقدره . أما جنسه فانهم اتفقوا على جواز الوصية في الرقاب واختلفوا في المنافع فقال جمهور فقهاء الامصار ذلك جائز وقال ابن أبى ليلى وابن شبرمة وأهل الظاهر الوصية بالمنافع باطلة وعمدة الجمهور أن المنافع في معنى الاموال وعمدة الطائفة الثانية ان المنافع منتقلة الى ملك الوارث لان الميت لا ملك له فلا تصح له وصية بما يوجد في ملك غيره والى هذا القول ذهب ابو عمر بن عبد البر وأما القدر فان العلماء اتفقوا على أنه لا تجوز الوصية في أكثر من الثلث لمن ترك ورثة .واختلفوا فيمن لم يترك ورثة وفي القدر المستحب منها هل هو الثلث أو دونه وانما صار الجميع الى أن الوصية لا تجوز في أكثر من الثلث لمن له وارث بما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم انه عاد سعد بن أبى وقاص فقال له يا رسول الله قد بلغ منى الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثنى الا ابنة لى أفاتصدق بثلثى مالى فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لا فقال له سعد فالشطر قال لا ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلث والثلث كثير انك ان تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس فصار الناس لمكان هذا الحديث الى ان الوصية لا تجوز باكثر من الثلث واختلفوا في المستحب من ذلك فذهب قوم الى أنه مادون الثلث لقوله عليه الصلاة والسلام: في هذا الحديث والثلث كثير وقال بهذا كثير من السلف قال قتادة أوصى أبو بكر بالخمس وأوصى عمر بالربع والخمس احب الى . وأما من ذهب الى ان المستحب هو الثلث فانهم اعتمدوا على ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال:ان الله جعل لكم في الوصية ثلث اموالكم زيادة في أعمالكم وهذا الحديث ضعيف عند أهل الحديث وثبت عن ابن عباس انه قال لو غض الناس في الوصية من الثلث الى الربع لكان أحب الى لان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: الثلث والثلث كثير . وأما اختلافهم في جواز الوصية بأكثر من الثلث لمن لا وارث له فان مالكا لا يجيز ذلك والاوزاعى واختلف فيه قول أحمد وأجاز ذلك ابو حنيفة واسحق وهو قول ابن مسعود ☆وسبب الخلاف هل هذا الحكم خاص بالعلة التى عالله بها الشارع ام ليس بخاص وهو أن لا يترك ورثته عالة يتكففون الناس كما قال عليه الصلاة والسلام : انك أن تذر ورثتك أغنياء خير من ان تذرهم عالة

يتكففون الناس فمن جعل هذا السبب خاصا وجب ان يرتفع الحكم بارتفاع هذه العلة ومن جعل الحكم عبادة وان كان قد علل بعلة أو جعل جميع المسلمين في هـذا المعنى بمنزلة الورثة قال لاتجوز الوصية باطلاق باكثر من الثلث .

﴿ القول في المعنى الذى يدل عليه لفظ الوصية ﴾ والوصية بالجملة هي هبة الرجل ماله لشخص آخر أولاشخاص بعد موته أو عتق غلامـه سواء صرح بلفظ الوصية أو لم يصرح به وهذا العقد عندهم هو من العقود الجائزة باتفاق أعنى أن للموصى ان يرجع فيما أوصى به الا المدبر فانهم اختلفوا فيه على ما سـيأتى في كتاب التدبير وأجمعوا على أنه لا يجب للموصى له الا بعد موت الموصى واختلفوا في قبول الموصى له هل هو شرط فى صحتها أم لا فقال مالك قبول الموصى له اياها شرط في صحة الوصية وروى عن الشافعى أنه ليس القبول شرطا في صحتها ومالك شبهها بالهبة .

﴿ القول في الاحـكام ﴾ وهذه الاحـكام منها لفظية ومنها حسابية ومنها حكمية فمن مسائلهم المشهورة الحكمية اختلافهم في حـكم من أوصى بثلث ماله لرجل وعين ما أوصى له به في ماله ممـا هو الثلث فقال الورثة ذلك الذى عين اكثر من الثلث فقال مالك الورثة مخيرون بين أن يعطوه ذلك الذى عينه الموصى أو يعطوه الثلث من جميع مال الميت وخالفه في ذلك أبو حنيفة والشافعى وأبو ثور وأحمد وداود وعمدتهم أن الوصية قد وجبت للموصى له بموت الموصى وقبوله اياها باتفاق فكيف ينقل عن ملـكه ما وجب له بغير طيب نفس منه وتغير الوصية وعمدة مالك امكان صدق الورثة فيما ادعوه وما أحسن ما رأى أبوعمر بن عبدالبر في هذه المسئلة وذلك أنه قال اذا ادعى الورثة ذلك كلفوا بيان ماادعوا فان ثبت ذلك أخذ منه الوصى له قدر الثلث من ذلك الشىء الموصى به وكان شريكا للورثة وان كان الثلث فاقل جبروا على اخراجه واذا لم يختلفوا في ان ذلك الشىء الموصى به هو فوق الثلث فعند مالك ان الورثه مخيرون بين أن يدفعوا اليه ماوصى له به أو يفرجوا له عن جميع ثلث مال الميت إما في ذلك الشىء بعينه وإما فى جميع المال على اختلاف الرواية عن مالك فى ذلك وقال أبو حنيفة والشافعى له ثلث تلك العين ويكون بباقيه شريكا للورثة فى جميع ماترك الميت حتى يستوفي تمام الثلث ✡ وسبب الخلاف أن الميت لما تعدى في ان جعل وصيته في شىء بعينه فهل الاعدل فى حق الورثة ان يخيروا بين امضاء الوصية أو يفرجوا له الى غاية مايجوز للميت ان يخرج عنهم من ماله أو يبطل التعدى ويعود ذلك الحق مشتركا وهذاهو الاولى اذا قلنا ان التعدى هو في التعين لكونه أكثر من الثلث أعنى

ان الواجب ان يسقط التعيين وأما ان يكلف الورثة أن يمضوا التعيين أو يتخلوا عن جميع الثلث فهو محل عليهم • ومن هذا الباب اختلافهم فيمن وجبت عليه زكاة فمات ولم يوص بها وأذاوصى بها فهل هي من الثلث أو من رأس المال فقال مالك اذالم يوص بها لم يلزم الورثة اخراجها وقال الشافعي يلزم الورثة اخراجها من رأس المال واذا وصى بها فعند مالك يلزم الورثة اخراجها وهى عنده من الثلث وهى عند الشافعي في الوجهين من رأس المال شبهها بالدين لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : فدين الله أحق ان يقضى وكذلك الكفارات الواجبة والحج الواجب عنده ومالك يجعلها من جنس الوصايا بالتوصية باخراجها بعد الموت ولا خلاف انه لو أخرجها في الحياة انها من رأس المال ولو كان في السياق وكأن مالكا اتهمه هنا على الورثة أعنى في توصيته باخراجها قال ولو اجيز هذا الجاز للانسان ان يؤخر جميع زكاته طول عمره حتى اذا دنامن الموت وصى بها فاذا زاحمت الوصايا الزكاة قدمت عند مالك على ماهو أضعف منها وقال أبو حنيفة هى وسائر الوصايا سواء يريد فى المحاصة واتفق مالك وجميع أصحابه على ان الوصايا التى يضيق عنها الثلث اذا كانت مستوية انها تتحاص في الثلث واذا كان بعضها أهم من بعض قدم الاهم.واختلفوا فى الترتيب على ماهو مسطور فى كتبهم ومن مسائلهم الحسابية المشهورة فى هذا الباب اذا أوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلثيه ورد الورثة الزائدفعند مالك والشافعي انهما يقتسمان الثلث بينهما أخماسا وقال أبو حنيفة بل يقتسمان الثلث بالسوية * وسبب الخلاف هل الزائد على الثلث الساقط هل يسقط الاعتبار به في القسمة كما يسقط في نفسه باسقاط الورثة فمن قال يبطل في نفسه ولا يبطل الاعتبار به في القسمة اذ كان مشاعا قال يقتسمون المال أخماسا ومن قال يبطل الاعتبار به كما لو كان معينا قال يقتسمون الباقى على السواء ومن مسائلهم اللفظية في هذا الباب اذا أوصى بجزء من ماله وله مال يعلم به ومال لايعلم به فعند مالك ان الوصية تكون فيما علم به دون مالم يعلم وعند الشافعي تكون في المالين * وسبب الخلاف هل اسم المال الذى نطق به يتضمن ما علم وما لم يعلم أو ما علم فقط والمشهور عن مالك أن المدبر يكون في المالين اذا لم يخرج من المال الذى يعلم وفي هذا الباب فروع كثيرة وكلها راجعة الى هذه الثلاثة الاجناس ولا خلاف بينهم أن للرجل ان يوصى بعد موته بأولاده وان هذه خلافة جزئية كالخلافة العظمى الكلية التى للامام ان يوصى بها .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الفرائض ﴾

والنظر في هذا الكتاب فيمن يرث وفيمن لايرث ومن يرث هل يرث دائما أو مع وارث دون وارث واذا ورث مع غيره فكم يرث وكذلك اذا ورث وحده كم يرث واذا ورث مع وارث فهل يختلف ذلك بحسب وارث وارث أولا يختلف والتعليم في هذا يمكن على وجوه كثيرة قد سلك أكثرها أهل الفرائض والسبيل الحاضرة في ذلك بان يذكر حكم جنس جنس من أجناس الورثة اذا انفرد ذلك الجنس وحكمه مع سائر الاجناس الباقية مثال ذلك ان ينظر الى الولد اذا انفرد كم ميراثه ثم ينظر حاله مع سائر الاجناس الباقية من الوارثين . فاما الاجناس الوارثة فهي ثلاثة ذوو نسب وأصهار وموالى . فاما ذوو النسب فمنها متفق عليها ومنها مختلف فيها . فاما المتفق عليها فهي الفروع أعني الاولاد والاصول أعني الاباء والاجداد ذكوراً كانوا أو اناثا وكذلك الفروع المشاركة للميت في الاصل الادنى أعني الاخوة ذكورا واناثا أو المشاركة الادنى أو الابعد في أصل واحد وهم الاعمام وبنو الاعمام وذلك الذكور من هؤلاء خاصة فقط وهؤلاء اذا فصلوا كانوا من الرجال عشرة ومن النساء سبعة . أما الرجال فالابن وابن الابن وان سفل والاب والجد أبو الاب وان علا والاخ من أي جهة كان أعني للام والاب أو لاحدهما وابن الاخ وان سفل والعم وابن العم وان سفل والزوج ومولى النعمة . وأما النساء فالابنة وابنة الابن وان سفلت والام والجدة وان علت والاخت والزوجة والمولاة . وأما المختلف فيهم فهم ذوو الارحام وهم من لا فرض لهم في كتاب الله ولا هم عصبة وهم بالجملة بنو البنات وبنات الاخوة وبنو الاخوات وبنات الاعمام والعم أخو الاب للام فقط وبنو الاخوة للام والعمات والخالات والاخوال فذهب مالك والشافعي وأكثر فقهاء الامصار وزيد بن ثابت من الصحابة الى انه لا ميراث لهم وذهب سائر الصحابة وفقهاء العراق والكوفة والبصرة وجماعة من العلماء من سائر الآفاق الى توريثهم والذين قالوا بتوريثهم اختلفوا في صفة توريثهم فذهب أبو حنيفة وأصحابه الى توريثهم على ترتيب العصبات وذهب سائر من

ورثهم الى التنزيل وهو ان ينزل كل من أدلى منهم بذى سهم او عصبة بمنزلة السبب الذى أدلى به وعمدة مالك ومن قال بقوله ان الفرائض لما كانت لامجال للقياس فيها كان الاصل أن لايثبت فيها شيء الا بكتاب أو سنة ثابتة أو اجماع وجميع ذلك معدوم فى هذه المسئلة . وأما الفرقة الثانية فزعموا أن دليلهم على ذلك من الكتاب والسنة والقياس . أما الكتاب فقوله تعالى (وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض) وقوله تعالى (للرجال نصيب مما ترك الوالدان والاقربون) واسم القرابة ينطلق على ذوى الارحام ويرى المخالف أن هذه مخصوصة بآيات المواريث وأما السنة فاحتجوا بما خرجه الترمذى عن عمر بن الخطاب أنه كتب الى أبى عبيدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : الله ورسوله مولى من لامولى له والخال وارث من لاوارث له . وأما من طريق المعنى فان القدماء من أصحاب أبى حنيفة قالوا ان ذوى الارحام أولى من المسلمين لانهم قد اجتمع لهم سببان القرابة والاسلام فاشبهوا تقديم الاخ الشقيق على الاخ للاب أعنى أن من اجتمع له سببان أولى ممن له سبب واحد . وأما أبو زيد ومتأخروا أصحابه فشبهوا الارث بالولاية وقالوا لما كانت ولاية التجهيز والصلاة والدفن للميت عند فقد أصحاب الفروض والعصبات لذوى الارحام وجب أن يكون لهم ولاية الارث وللفريق الاول اعتراضات في هذه المقاييس فيها ضعف واذ قد تقرر هذا فلنشرع في ذكر جنس جنس من أجناس الوارثين وتذكر في ذلك ما يجرى مجرى الاصول من المسائل المشهورة المتفق عليها والمختلف فيها

﴿ ميراث الصلب ﴾

وأجمع المسلمون على أن ميراث الولد من والدهم ووالدتهم ان كانوا ذكوراً واناثا هو أن للذكر منهم مثل حظ الانثيين وأن الابن الواحد اذا انفرد فله جميع المال وأن البنات اذا انفردن فكانت واحدة ان لها النصف وان كن ثلاثا فما فوق ذلك فلهن الثلثان واختلفوا في الاثنتين فذهب الجمهور الى أن لهما الثلثين وروى عن ابن عباس أنه قال للبنتين النصف . والسبب فى اختلافهم تردد المفهوم في قوله تعالى « فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك » هل حكم الاثنتين المسكوت عنه يلحق بحكم الثلاثة أو بحكم الواحدة والاظهر من باب دليل الخطاب أنهما لاحقان بحكم الواحدة وقد قيل أن المشهور عن ابن عباس مثل قول الجمهور وقد روى عن ابن عبد الله بن محمد بن عقيل عن حاتم ابن عبد الله وعن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى البنتين الثلثين قال فيما أحسب أبو عمر بن عبد البر

وعبد الله ابن عقيل قد قبل جماعة من أهل العلم حديثه وخالفهم آخرون ، وسبب الاتفاق فى هذه الجملة قوله تعالى « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين» الى قوله « وإن كانت واحدة فلها النصف » وأجمعوا من هذا الباب على أن بنى البنين يقومون مقام البنين عند فقد البنين يرثون كما يرثون ويحجبون كما يحجبون الا شيء روى عن مجاهد أنه قال ولد الابن لا يحجبون الزوج من النصف الى الربع كما يحجب الولد نفسه ولا الزوجة من الربع الى الثمن ولا الام من الثلث الى السدس وأجمعوا على أنه ليس لبنات الابن ميراث مع بنات الصلب اذا استكمل بنات المتوفي الثلثين واختلفوا اذا كان مع بنات الابن ذكر ابن ابن في مرتبتهن أو أبعد منهن فقال جمهور فقهاء الامصار انه يعصب بنات الابن فيما فضل عن بنات الصلب فيقسمون المال للذكر مثل حظ الانثيين وبه قال على رضى الله عنه وزيد بن ثابت من الصحابة وذهب ابو ثور ودا وداته اذا استكمل البنات الثلثين ان الباقى لابن الابن دون بنات الابن كن في مرتبة واحدة مع الذكر أو فوقه أو دونه وكان ابن مسعود يقول في هذه الذكر مثل حظ الانثيين الا ان يكون الحاصل للنساء أكثر من السدس فلا يعطى الا السدس وعمدة الجمهور عموم قوله تعالى « يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » وأن ولد الولد ولد من طريق المعنى أيضا لما كان الابن يعصب من في درجته في جملة المال فواجب ان يعصب في الفاضل من المال وعمدة داود وابى ثور حديث ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال : اقسموا المال بين اهل الفرائض على كتاب الله عز وجل فما ابقت الفرائض فلا ولى رجل ذكر ومن طريق المعنى ايضا ان بنت الابن لما لم ترث مفردة من الفاضلى عن الثلثين كان احرى أن لا ترث مع غيرها وسبب اختلافهم تعارض القياس والنظر فى الترجيح . وأما قول ابن مسعود فبنى على اصله في أن بنات الابن لما كن لايرثن مع عدم الابن أكثر من السدس لم يجب لهن مع الغير أكثر مما وجب لهن مع الانفراد وهي حجة قريبة من حجة داود والجمهور على أن ذكر ولد الابن يعصبهن كان في درجتهن أو اطراف منهن وشذ بعض المتأخرين فقال لايعصبهن الا اذا كان في مرتبتهن وجمهور العلماء على انه اذا ترك المتوفي بنتا اصلب وبنات ابن أو بنات ابن ليس معهن ذكران لبنات الابن السدس تكملة الثلثين وخالفت الشيعة في ذلك فقالت لاترث بنت الابن مع البنت شيئا كالحال في ابن الابن مع الابن فالاختلاف في بنات الابن في موضعين مع نى الابن ومع البنات فيما دون الثلثين وفوق النصف فالمتحصل فيهن اذا كن مع بنى الابن أنه قيل يرثن وقيل لايرثن واذا قيل يرثن فقيل يرثن تعصيبا مطلقا وقيل يرثن تعصيبا الا ان يكون

أكثر من السدس واذا قيل يرثن فقيل أيضا اذا كان ابن الابن في درجتهن وقيل كيف ما كان والمتحصل فى وراثتهن مع عدم ابن الابن فيما فضل عن النصف الى تكملة الثلثين قيل يرثن وقيل لايرثن .

(ميراث الزوجات)

واجمع العلماء على أن ميراث الرجل من امرأته اذا لم تترك ولداً ولا ولدا بن النصف ذكراً كان الولد أو انثى الا ماذكرنا عن مجاهد وانها ان تركت ولدا فله الربع وأن ميراث المرأة من زوجها اذا لم يترك الزوج ولدا ولا ولدابن الربع فان ترك ولدا أو ولد ابن فالثمن وانه ليس يحجبهن أحد عن الميراث ولا ينقصهن الا الولد وهذا لورود النص في قوله تعالى (ولكم نصف ماترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد) الآية

(ميراث الاب والام)

وأجمع العلماء على أن الاب اذا انفرد كان له جميع المال وانه اذا انفرد الابوان كان للام الثلث وللاب الباقى لقوله تعالى (وورثه أبواه فلامه الثلث) وأجمعوا على ان فرض الابوين من ميراث ابنهما اذاكان للابن ولد أوولد ابن السدسان أعنى ان لكل واحد منهما السدس لقوله تعالى (ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد) والجمهور على أن الولد هو الذكر دون الانثى وخالفهم فى ذلك من شذ . وأجمعوا على أن الاب لاينقص مع ذوى الفرائض من السدس وله مازاد . وأجمعوا من هذا الباب على أن الام يحجبها الاخوة من الثلث الى السدس لقوله تعالى (فان كان له أخوة فلامه السدس) . واختلفوا فى أقل مايحجب الام من الثلث الى السدس من الاخوة فذهب على رضى الله عنه وابن مسعود الى أن الاخوة الحاجبين هما اثنان فصاعدا وبه قال مالك وذهب ابن عباس الى أنهم ثلاثة فصاعدا وأن الاثنين لايحجبان الام من الثلث الى السدس والخلاف آيل الى أقل ماينطلق عليه اسم الجمع فمن قال أقل ماينطلق عليه اسم الجمع ثلاثة قال الاخوة الحاجبون ثلاثة فما فوق ومن قال أقل ماينطلق عليه اسم الجمع اثنان قال الاخوة الحاجبون هما اثنان أعنى في قوله تعالى (فان كان له أخوة) ولاخلاف أن الذكر والانثى يدخلان تحت اسم الاخوة في الاية وذلك عند الجمهور وقال بعض المتأخرين لاأنقل الام من الثلث الى السدس بالاخوات المنفردات لانه زعم انه ليس ينطلق عليهن اسم الاخوة الاأن يكون معهن أخ لموضع تغليب المذكر على المؤنث اذ اسم الاخوة هو جمع أخ والاخ مذكر واختلفوا من هذا

الباب فيمن يرث السدس الذى تحجب عنه الام بالاخوة وذلك اذاترك المتوفى أبوين وأخوة فقال الجمهور ذلك السدس للاب مع الاربعة الاسداس وروى عن ابن عباس أن ذلك السدس للاخوة الذين حجبوا وللاب الثلثان لانه ليس في الاصول من يحجب ولا يأخذ ماحجب الا الاخوة مع الاباء وضعف قوم الاسناد بذلك عن ابن عباس وقول ابن عباس هو القياس واختلفوا من هذا الباب في التى تعرف بالغروين وهى فيمن ترك زوجة وأبوين أو زوجا وأبوين فقال الجمهور في الاولى للزوجة الربع وللام ثلث مابقى وهو الربع من رأس المال وللاب مابقى وهو النصف وقالوا في الثانية للزوج النصف وللام ثلث مابقى وهو السدس من رأس المال وللاب مابقى وهو السدسان وهو قول زيد والمشهور من قول على رضى الله عنه وقال ابن عباس في الاولى للزوجة الربع من رأس المال وللام الثلث منه أيضا لانها ذات فرض وللاب مابقى لانه عاصب وقال أيضا في الثانية للزوج النصف وللام الثلث لانها ذات فرض مسمى وللاب مابقى وبه قال شريح القاضى وداود وابن سيرين وجماعة وعمدة الجمهور أن الاب والام لما كانا اذا انفردا بالمال كان للام الثلث وللاب الباقى وجب أن يكون الحال كذلك فيما بقى من المال وكأنهم رأوا أن يكون ميراث الام أكثر من ميراث الاب خروجا عن الاصول وعمدة الفريق الآخر أن الام ذات فرض مسمى والاب عاصب والعاصب ليس له فرض محدود مع ذى الفروض بل يقل ويكثر وما عليه الجمهور من طريق التعليل أظهر وما عليه الفريق الثانى مع عدم التعليل أظهر وأعنى بالتعليل ههنا أن يكون أحق سببى الانسان أولى بالايثار أعنى الاب من الام .

﴿ميراث الاخوة للام﴾

وأجمع العلماء على أن الاخوة للام اذا انفرد الواحد منهم ان له السدس ذكراً كان أو أنثى وانهم ان كانوا أكثر من واحد فهم شركاء في الثلث على السوية للذكر منهم مثل حظ الانثى سواء وأجمعوا على أنهم لا يرثون مع أربعة وهم الاب والجد أبو الاب وان علا والبنون ذكر انهم واناثهم وبنو البنين وان سفلوا ذكر انهم واناثهم وهذا كله لقوله تعالى « وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو اخت » الآية وذلك الاجماع انعقد على أن المقصود بهذه الآية هم الاخوة للام فقط وقد قرىء وله أخ او أخت من أمه . وكذلك أجمعوا فيما أحسب ههنا على ان

الكلالة هي فقد الاصناف الاربعة التي ذكرنا من النسب اعنى الآباء والاجداد والبنين وبنى البنين .

(ميراث الاخوة للاب والام أو للاب)

وأجمع العلماء على أن الاخوة للاب والام أو للاب فقط يرثون في الكلالة أيضا أما الاخت اذا انفردت فان لها النصف وان كانتا اثنتين فلهما الثلثان كالحال في البنات وانهم ان كانوا ذكورا وأناثا فللذكر مثل حظ الانثيين كحال البنين مع البنات وهذا لقوله تعالى (يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة) الا انهم اختلفوا في معنى الكلالة هاهنا في أشياء واتفقوا منها في اشياء يأتى ذكرها ان شاء الله تعالى فمن ذلك انهم أجمعوا من هذا الباب على أن الاخوة للاب والام ذكرا انا كانوا أو اناثا انهم لا يرثون مع الولد الذكر شيئا ولا مع ولد الولد ولا مع الاب شيئا واختلفوا فيما سوى ذلك فمنها انهم اختلفوا في ميراث الاخوة للاب والام مع البنت أو البنات فذهب الجمهور الى انهن عصبة يعطون ما فضل عن البنات وذهب داود بن على الظاهرى وطائفه الى أن الاخت لا ترث مع البنت شيئا وعمدة الجمهور في هذا حديث ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في ابنة وابنة ابن وأخت أن للبنت النصف والابنة الابن السدس تكملة الثلثين وما بقى فللاخت وأيضا من جهة النظر لما أجمعوا على توريث الاخوة مع البنات فكذلك الاخوات وعمدة الفريق الاخر ظاهر قوله تعالى (ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت) فلم يجعل للاخت شيئا الا مع عدم الولد والجمهور حملوا اسم الولد هاهنا على الذكور دون الاناث وأجمع العلماء من هذا الباب على أن الاخوة للاب والام يحجبون الاخوة للاب عن الميراث قياسا على بنى الابناء مع بنى الصلب قال أبو عمر وقد روى ذلك في حديث حسن من رواية الآحاد العدول عن على رضى الله عنه قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اعيان بنى الام يتوارثون دون بنى العلات وأجمع العلماء على أن الاخوات للاب والام اذا استكملن الثلثين فانه ليس للاخوات الاب معهن شيء كالحال فى بنات الابن مع بنات الصلب وانه ان كانت الاخت للاب والام واحدة فللاخوات للاب ما كن بقية الثلثين وهو السدس واختلفوا اذا كان مع الاخوات للاب ذكر فقال الجمهور يعصبهن ويقتسمون المال للذكر مثل حظ الانثيين كالحال فى بنات الابن مع بنات الصلب واشترط مالك أن يكون في درجتهن وقال ابن مسعود اذا استكمل الاخوات الشقائق الثلثين فالباقى للذكور من الاخوة للاب دون الاناث وبه قال أبو ثور وخالفه

داود فى هذه المسئلة مع موافقته له في مسئلة بنات الصلب وبنى البنين فان لم يستكملن الثلثين فللذكر عنـده من بنى الاب مثل حظ الانثيين الا ان يكون الحاصل للنساء أكثر من السـدس كالحال في بنات الصلب مع بنى الابن وأدلة الفريقين في هـذه المسئلة هى تلك الادلة باعيانها وأجمعوا على ان الاخوة للاب يقومون مقام الاخوة للاب والام عند فقدهم كالحال في بنى البنين مع البنين وانه اذا كان معهن ذكر عصبهن بان يبدأ بمن له فرض مسمى ثم يرثون الباقى للذكر مثل حـظ الانثيين كالحال في البنين الا في موضع واحد وهى الفريضة التى تعرف بالمشتركة فان العلماء اختلفوا فيها وهى امرأة توفيت وتركت زوجها وامها واخوتها لامها واخوتها لابيها وامها فكان عمر وعثمان وزيد بن ثابت يعطون للزوج النصف وللام السـدس وللاخوة للام الثلث فيستغرقون المال فيبقى الاخوة للاب والام بلا شيء فـكانوا يشركون الاخوة للاب والام في الثلث مع الاخوة للام يقتسمونه بينهم للذكر مثـل حظ الانثيين وبالتشريك قال من فقهاء الامصار مالك والشافعى والثورى وكان على رضى الله عنه وابى بن كعب وأبو موسى الاشعرى لا يشركون اخوة الاب والام فى الثلث مع أخوة الام في هـذه الفريضة ولا يوجبون لهم شيئا فيها وقال به من فقهاء الامصار أبو حنيفة وابن أبى ليلى واحمد وأبو ثور وداود وجماعة وحجة الفريق الاول ان الاخوة للاب والام يشاركون الاخوة للام في السبب الذى به يستوجبون الارث وهي الام فوجب أن لا ينفردوا به دونهم لانه اذا اشتركوا في السبب الذى به يرثون وجب ان يشتركوا في الميراث وحجة الفريق الثانى ان الاخوة الشقائق عصبة فلا شيء لهـم اذا احاطت فرائض ذوى السهام بالميراث وعمدتهم اتفاق الجميع على أن من ترك زوجا وأما وأخا واحـدا لام واخوة شقائق عشرة أو أكثر ان الاخ للام يستحق هاهنا السدس كاملا والسدس الباقى بين الباقين مع أنهم مشاركون له في الام ✡ فسبب الاختلاف في أكثر مسائل الفرائض هو تعارض المقاييس واشتراك الالفاظ فيما فيه نص

(ميراث الجد)

وأجمع العلماء على ان الاب يحجب الجد وانه يقوم مقام الاب عند عدم الاب مع البنين وانه عاصب مع ذوى الفرائض واختلفوا هل يقوم مقام الاب في حجب الاخوة الشقائق أو حجب الاخوة للاب فذهب ابن عـباس وأبو بكر رضى الله عنهما وجماعة الى أنه يحجبهم وبه قال أبو حنيفة وأبو ثور والمزنى وابن شريح من أصحاب الشافعى وداود وجماعة واتفق على بن أبى طالب رضى الله عنه وزيد بن ثابت وابن مسعود على توريث

الاخوة مع الجد الا أنهم اختلفوا في كيفية ذلك على ما أقوله بعد وعمدة من جعل الجد بمنزلة الاب اتفاقهما في المعنى أعني من قبل ان كليهما أب الميت ومن اتفاقهما في كثير من الاحكام التي أجمعوا على اتفاقهما فيها حتى انه قد روى عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال أما يتقي الله زيد بن ثابت يجعل ابن الابن ابنا ولا يجعل أب الاب أبا وقد أجمعوا على انه مثله في أحكام أخر سوى الفروض منها ان شهادته لحفيده كشهادة الاب وان الجد يعتق على حفيده كما يعتق الاب على الابن وانه لا يقتص له من جد كما لا يقتص له من أب وعمدة من ورث الاخ مع الجد ان الاخ أقرب الى الميت من الجد لان الجد أبو أبي الميت والاخ ابن أبي الميت والابن أقرب من الاب وأيضا فاجمعوا عليه من ان ابن الاخ يقدم على العم وهو يدلي بالاب والعم يدلي بالجد ✡ فسبب الخلاف تعارض القياس في هذا الباب (فان قيل) فاي القياسين أرجح بحسب النظر الشرعي (قلنا) قياس من ساوى بين الاب والجد فان الجد أب في المرتبة الثانية أو الثالثة كما ان ابن الابن ابن في المرتبة الثانية أو الثالثة واذا لم يحجب الابن الجد وهو يحجب الاخوة فالجد يحجب ان يحجب من يحجب الابن والاخ ليس باصل للميت ولا فرع وانما هو مشارك له في لاصل والاصل أحق بالشيء من المشارك له في الاصل والجد ليس هو أصلا للميت من قبل الاب بل هو أصل أصله والاخ يرث من قبل انه فرع لاصل الميت فالذي هو أصل لاصله اولى من الذي هو فرع لاصله ولذلك لا معنى لقول من قال ان الاخ يدلي بالبنوة والجد يدلي بالابوة فان الاخ ليس ابنا للميت وانما هو ابن ابيه والجد ابو الميت والبنوة انما هي اقوى في الميراث من الابوة في الشخص الواحد بعينه اعني الموروث واما البنوة التي تكون لاب الموروث فليس يلزم أن تكون في حق الموروث أقوى من الابوة التي تكون لاب الموروث لان الابوة التي لاب الموروث هي ابوة ما للموروث اعني بعيدة وليس البنوة التي لاب الموروث بنوة ما للموروث لا قريبة ولا بعيدة فمن قال الاخ احق من الجد لان الاخ يدلي بالشيء الذي من قبله كان الميراث بالبنوة وهو الاب والجد يدلي بالابوة هو قول غالط مخيل لان الجد أب ما وليس الاخ ابنا ما وبالجملة الاخ لا حق من لو احق الميت وكانه أمر عارض والجد سبب من أسبابه والسبب أملك للشيء من لا حقه. واختلف الذين ورثوا الجد مع الاخوة في كيفية ذلك فتحصيل مذهب زيد في ذلك أنه لا يخلو ان يكون معه سوى الاخوة ذو فرض مسمى أو لا يكون فان لم يكن معه ذو فرض مسمى أعطى الافضل له من اثنين أما ثلث المال وأما أن يكون كواحد من الاخوة الذكور وسواء كان الاخوة ذكرانا أو اناثا أو الامرين جميعا فهو مع الاخ

الواحد يقاسمه المال وكذلك مع الاثنين ومع الثلاثة والاربعة يأخذ الثلث وهو مع الاخت الواحدة الى الاربع يقاسمهن للذكر مثل حظ الانثيين ومع الخمس أخوات له الثلث لانه أفضل له من المقاسمة فهذه هي حاله مع الاخوة فقط دون غيرهم . وأما ان كان معهم ذو فرض مسمى فانه يبدأ باهل الفروض فيأخذوا فروضهم فما بقى أعطى الافضل له من ثلاث أما ثلث ما بقى بعد حظوظ ذوى الفرائض وأما أن يكون بمنزلة ذكر من الاخوة وأما أن يعطى السدس من رأس المال لا ينتقص منه ثم مابقى يكون للاخوة للذكر مثل حظ الانثيين الا في الاكدرية على ما سنذكر مذهبه فيها مع سائر مذاهب العلماء . وأما على رضى الله عنه فكان يعطى الجد الاحظى له من السدس أو المقاسمة وسواء كان مع الجد والاخوة غيرهم من ذوى الفرائض أولم يكن وانما لم ينقصه من السدس شيئا لانهم لما أجمعوا ان الابناء لاينقصونه منه شيئا كان أحرى أن لا ينقصه الاخوة وعمدة قول زيد انه لما كان يحجب الاخوة للام فلم يحجب عن مايجب لهم وهو الثلث وبقول زيد قال مالك والشافعى والثورى وجماعة وبقول على رضى الله عنه قال أبو حنيفة . وأما الفريضة التى تعرف بالاكدرية وهى امرأة توفيت وتركت زوجا وأما وأختا شقيقة وجدا فان العلماء اختلفوا فيها فكان عمر رضى الله عنه وابن مسعود يعطيان للزوج النصف وللام السدس وللاخت النصف وللجد السدس وذلك على جهة العول وكان على بن أبى طالب رضى الله عنه وزيد يقولان للزوج النصف وللام الثلث وللاخت النصف وللجد السدس فريضة إلا ان زيدا يجمع سهم الاخت والجد فيقتسم ذلك بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وزعم بعضهم أن هذا ليس من قول زيد وضعف الجميع التشريك الذى قال به زيد في هذه الفريضة وبقول زيد قال مالك وقيل انما سميت الاكدرية لتكدر قول زيد فيها وهذا كله على مذهب من يرى العول وبالعول قال جمهور الصحابة وفقهاء الامصار الا ابن عباس فانه روى عنه أنه قال أعال الفرائض عمر بن الخطاب وايم الله لو قدم من قدم الله وأخر من أخر الله ماعالت فريضة قيل له وأيها قدم الله وأيها أخر الله قال كل فريضة لم يهبطها الله عز وجل عن موجبها الا الى فريضة أخرى فهى ما قدم الله وكل فريضة اذا زالت عن فرضها لم يكن لها الا مابقى فتلك التى أخر الله فالاول مثل الزوجة والام والمتأخر مثل الاخوات والبنات قال فاذا اجتمع الصنفان بدىء من قدم الله فان بقى شىء فلمن أخر الله والا فلا شىء له قيل له فهلا قلت هذا القول لعمر قال هبته وذهب زيد الى انه اذا كان مع الجد والاخوة الشقائق إخوة لاب ان الاخوة الشقائق يعادون الجد بالاخوة للاب فيمنعونه بهم كثرة الميراث ولا يرثون

مع الاخوة الشقائق شيئا الا ان يكون الشقائق أختا واحدة فانها تعاد الجد باخوتها للاب مابينهما وبين ان تستكمل فريضتها وهى النصف وأن كان فيما يحاولها ولاخوتها لابيها فضل عن نصف رأس المال كله فهو لاخوتها لابيها للذكر مثل حظ الانثيين فان لم يفضل شىء على النصف فلا ميراث لهم فاما على رضى الله عنه فكان لايلتفت هنا للاخوة للاب للاجماع على ان الاخوة الشقائق يحجبونهم ولان هذا الفعل أيضا مخالف الاصول أعنى ان يحتسب بمن لايرث واختلف الصحابة رضى الله عنهم من هذا الباب فى الفريضة التى تدعى الخرقاء وهى أم وأخت وجد على خمسة أقوال فذهب أبو بكر رضى الله عنه وابن عباس الى ان للام الثلث والباقى للجد وحجبوا به الاخت وهذا على رأيهم فى اقامة الجد مقام الاب وذهب على رضى الله عنه الى أن للام الثلث وللاخت النصف وما بقى للجد وذهب عثمان الى ان للام الثلث وللاخت الثلث وللجد الثلث وذهب ابن مسعود الى ان للاخت النصف وللجد الثلث وللام السدس وكان يقول معاذ الله ان أفضل أما على جد وذهب زيد الى ان للام الثلث ومابقى بين الجد والاخت للذكر مثل حظ الانثيين .

(ميراث الجدات)

وأجمعوا على ان للجدة أم الام السدس مع عدم الام وأن للجدة أيضا أم الاب عند فقد الاب السدس فان اجتمعا كان السدس بينهما. واختلفوا فيما سوى ذلك فذهب زيد وأهل المدينة الى ان الجدة أم الام يفرض لها السدس فريضة فاذا اجتمعت الجدتان كان السدس بينهما اذا كان قعددها سواء أو كانت أم الاب أقعد فان كانت أم الام أقعد أى أقرب الى الميت كان لها السدس ولم يكن للجدة أم الاب شىء وقد روى عنه أيهما أقعد كان لها السدس وبه قال على رضى الله عنه ومن فقهاء الامصار أبو حنيفة والثورى وأبو ثور وهؤلاء ليس يورثون الاهاتين الجدتين المجتمع على توريثهما وكان الاوزاعى وأحمد يورثان ثلاث جدات واحدة من قبل الام واثنتان من قبل الاب أم الاب وام ابى الاب أعنى الجد وكان ابن مسعود يورث أربع جدات ام الام وام الاب وام ابى الاب اعنى الجد وام ابى الام اعنى الجد وبه قال الحسن وابن سيرين وكان ابن مسعود يشرك بين الجدات فى السدس دنياهن وقصواهن مالم تكن تحجبها بنتها أو بنت بنتها وقد روى عنه انه كان يسقط القصوى بالدنيا اذا كانتا من جهة واحدة وروى عن ابن عباس ان الجدة كالام اذا لم تكن أم وهو شاذ عند الجمهور ولكن له حظ من القياس فعمدة زيد وأهل المدينة والشافعى ومن قال بمذهب زيد

مارواه مالك انه قال جاءت الجدة الى أبى بكر رضى الله عنه تسأله عن ميراثها فقال أبو بكر مالك في كتاب الله عز وجل شيء وما علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا فارجعي حتى أسأل الناس فقال له المغيرة بن شعبة حضرت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس فقال أبو بكر هل معك غيرك فقال محمد بن مسلمة فقال مثل ماقال المغيرة فانفذه أبو بكر لها ثم جاءت الجدة الاخرى الى عمر بن الخطاب تسأله ميراثها فقال لها مالك في كتاب الله عز وجل شيء وما كان القضاء الذى قضى به الالغيرك وما أنا بزائد في الفرائض ولكنه ذلك السدس فان اجتمعتما فيه فهو لكما وأيتكما انفردت به فهو لها وروى مالك أيضا انه أتت الجدتان الى أبى بكر فاراد أن يجعل السدس للتى من قبل الام فقال له الرجل أما انك تترك التى لو ماتت وهو حى كان اياها يرث فجعل أبو بكر السدس بينهما قالوا فواجب أن لا يتعدى في هذا هذه السنة واجماع الصحابة. وأما عمدة من ورث الثلاث جدات فحديث ابن عيينة عن منصور عن ابراهيم ان النبى صلى الله عليه وسلم ورث ثلاث جدات اثنتين من قبل الاب وواحدة من قبل الام وأما ابن مسعود فعمدته القياس فى تشبيهها بالجدة للاب لكن الحديث يعارضه. واختلفوا هل يحجب الجدة للاب ابنها وهو الاب فذهب زيد الى أنه يحجب وبه قال مالك والشافعى وأبو حنيفة وداود وقال آخرون ترث الجدة مع ابنها وهو مروى عن عمر وابن مسعود وجماعة من الصحابة وبه قال شريح وعطاء وابن سيرين وأحمد وهو قول الفقهاء المصريين وعمدة من حجب الجدة بابنها أن الجد لما كان محجوبا بالاب وجب أن تكون الجدة أولى بذلك وأيضا فلما كانت أم الام لا ترث باجماع مع الام شيئاً كان كذلك أم الاب مع الاب وعمدة الفريق الثانى ما روى الشعبى عن مسروق عن عبد الله قال أول جدة أعطاها رسول الله صلى الله عليه وسلم سدسا جدة مع ابنها وابنها حى قالوا ومن طريق النظر لما كانت الام وأم الام لا يحجبن بالذكور كان ذلك حكم جميع الجدات وينبغى أن يعلم أن مالكا لا يخالف زيداً الافي فريضة واحدة وهي امرأة هلكت وتركت زوجا واما وإخوة لام وإخوة لاب وام وجداً فقال مالك للزوج النصف وللام السدس وللجد ما بقى وهو الثلث وليس للاخوة الشقائق شيء وقال زيد للزوج النصف وللام السدس وللجد السدس وما بقى للاخوة الشقائق فخالف مالك في هذه المسئلة أصله من أن الجد لا يحجب الاخوة الشقائق ولا الاخوات للاب وحجته أنه لما حجب الاخوة للام عن الثلث الذى كانوا يستحقونه دون الشقائق كان هو أولى به. وأما زيد فعلى أصله في أنه لا يحجبهم.

﴿ باب في الحجب ﴾

وأجمع العلماء على أن الاخ الشقيق يحجب الاخ للاب وأن الاخ للاب يحجب بنى الاخ الشقيق وأن بنى الاخ الشقيق يحجبون أبناء الاخ للاب وبنو الاخ للاب أولى من بنى ابن الاخ للاب والام وبنو الاخ للاب أولى من العم أخى الاب وابن العم أخو الاب الشقيق أولى من ابن العم أخى الاب للاب وكل واحد من هؤلاء يحجبون بنيهم ومن حجب منهم صنفا فهو يحجب من يحجبه ذلك الصنف. وبالجملة أما الاخوة فالاقرب منهم يحجب الابعد فاذا استووا حجب منهم من أدلى بسببين أم وأب من أدلى بسبب واحد وهو الاب فقط وكذلك الاعمام الاقرب منهم يحجب الابعد فان استووا حجب من يدلى منهم الى الميت بسببين من تدلى بسبب واحد أعنى انه يحجب العم الذى هو اخو الاب لاب وأم العم الذى هو أخو الاب لاب فقط. واجمعوا على ان الاخوة الشقائق والاخوة للاب يحجبون الاعمام لان الاخوة بنو أب المتوفي والاعمام بنو جده والابناء يحجبون بنيهم والآباء اجدادهم والبنون وبنوهم يحجبون الاخوة والجد يحجب من فوقه من الاجداد باجماع والاب يحجب الاخوة ويحجب من تحجبه الاخوة والجد يحجب الاعمام اجماع والاخوة للام ويحجب بنى الاخوة الشقائق وبنى الاخوة للاب والبنات وبنات بابنين يحجبن الاخوة للام . واختلف العلماء فيمن ترك ابنى عم احدهما أخ للام فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة والثورى للاخ للام السدس من جهة ماهو أخ لام وهو في باقى المال مع ابن العم الآخر عصبة يقتسمونه بينهم على السواء وهو قول على رضى الله عنه وزيد وابن عباس وقال قوم المال كله لابن العم الذى هو أخ لام يأخذ سدسه بالاخوة وبقيته بالتعصيب لانه قد أدلى بسببين وممن قال بهذا القول من الصحابة ابن مسعود ومن الفقهاء داود وأبو ثور والطبرى وهو قول الحسن وعطاء . واختلف العلماء في رد ما بقى من مال الورثة على ذوى الفرائض اذا بقيت من المال فضلة لم تستوفها الفرائض ولم يكن هناك من يعصب فكان زيد لايقول بالرد ويجعل الفاضل في بيت المال وبه قال مالك والشافعي وقال جل الصحابة بالرد على ذوى الفروض ماعدا الزوج والزوجة وان كانوا اختلفوا في كيفية ذلك وبه قال فقهاء العراق من الكوفيين والبصريين وأجمع هؤلاء الفقهاء على أن الرد يكون لهم بقدر سهامهم فمن كان له نصف اخذ النصف مما بقى وهكذا في جزء جزء وعمدتهم أن قرابة الدين والنسب أولى من قرابة الدين فقط أى ان هؤلاء اجتمع لهم سببان وللمسلمين سبب واحد .وهنا مسائل مشهورة الخلاف بين أهل العلم فيها تعلق باسباب المواريث يجب ان نذكرها هنا فمنها أنه أجمع المسلمون

على ان الكافر لايرث المسلم لقوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا »
ولما ثبت من قوله عليه الصلاة والسلام : لايرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم
واختلفوا في ميراث المسلم الكافر وفي ميراث المسلم المرتد فذهب جمهور العلماء من
الصحابة والتابعين وفقهاء الامصار الى أنه لايرث المسلم الكافر بهذا الاثر الثابت
وذهب معاذ بن جبل ومعاوية من الصحابة وسعيد بن المسيب ومسروق من التابعين
وجماعة الى أن المسلم يرث الكافر وشبهوا ذلك بنسائهم فقالوا كما يجوز لنا ان
ننكح نساءهم ولا يجوز لنا ان ننكحهم نساءنا كذلك الارث ورووا في ذلك
حديثا مسنداً قال أبو عمر وليس بالقوى عند الجمهور وشبهوه أيضا بالقصاص في
الدماء التى لا تتكافأ . وأما مال المرتد اذا قتل أو مات فقال جمهور فقهاء الحجاز هو
لجماعة المسلمين ولا يرثه قرابته وبه قال مالك والشافعى وهو قول زيد من الصحابة
وقال أبو حنيفة والثورى وجمهور الكوفيين وكثير من البصريين يرثه ورثته من المسلمين
وهو قول ابن مسعود من الصحابة وعلى رضى الله عنهما وعمدة الفريق الاول عموم
الحديث وعمدة الحنفية تخصيص العموم بالقياس وقياسهم في ذلك هو ان قرابته أولى
من المسلمين لانهم يدلون بسببين بالاسلام والقرابة والمسلمون بسبب واحد وهوالاسلام
وربما أكدوا بما يبقى لماله من حكم الاسلام بدليل انه لا يؤخذ في الحال حتى يموت الاما
روى عن أشهب فكانت حياته معتبرة في بقاء ماله على ملكه وذلك لايكون الا بأن يكون
لماله حرمة اسلامية ولذلك لم يجز ان يقر على الارتداد بخلاف الكافر وقال الشافعى
وغيره يؤخذ بقضاء الصلاة اذا تاب من الردة في أيام الردة والطائفة الاخرى تقول يوقف
ماله لان له حرمة اسلامية وانما وقف رجاء ان يعود الى الاسلام وان استجاب المسلمين
لماله ليس على طريق الارث وشذت طائفة فقالت ماله للمسلمين عند مايرتد
وأظن ان أشهب ممن يقول بذلك . وأجمعوا على توريث أهل الملة الواحدة بعضهم بعضا
واختلفوا في توريث الملل المختلفة فذهب مالك وجماعة الى ان أهل الملل المختلفة
لايتوارثون كاليهود والنصارى وبه قال أحمد وجماعة وقال الشافعى وأبو حنيفة
وأبو ثور والثورى وداود وغيرهم الكفار كلهم يتوارثون وكان شريح وابن أبى ليلى
وجماعة يجعلون الملل التى لاتتوارث ثلاثا النصارى واليهود والصابئين ملة
والمجوس ومن لا كتاب له ملة والاسلام ملة وقد روى عن ابن أبى ليلى مثل
قول مالك وعمدة مالك ومن قال بقوله ماروى الثقات عن عمرو بن شعيب عن أبيه
عن جده ان النبى صلى الله عليه وسلم قال :لايتوارث أهل ملتين وعمدة الشافعية
والحنفية قوله عليه الصلاة والسلام : لايرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وذلك

ان المفهوم من هذا بدليل الخطاب ان المسلم يرث المسلم والكافر يرث الكافر والقول بدليل الخطاب فيه ضعف وخاصة هنا واختلفوا في توريث الحملاء والحملاء هم الذين يحملون بأولادهم من بلاد الشرك الى بلاد الاسلام أعنى انهم يولدون فى بلاد الشرك ثم يخرجون الى بلاد الاسلام وهم يدعون تلك الولادة الموجبة للنسب وذلك على ثلاثة أقوال قول انهم يتوارثون بما يدعون من النسب وهو قول لجماعة من التابعين واليه ذهب اسحق وقول انهم لايتوارثون الا ببينة تشهد على انسابهم وبه قال شريح والحسن وجماعة وقول أنهم لا يتوارثون أصلا وروى عن عمر الثلاثة الاقوال الا أن الاشهر عنه انه كان لا يورث الا من ولد في بلاد العرب وهو قول عثمان وعمر بن عبد العزيز وأما مالك وأصحابه فاختلف في ذلك قولهم فنهم من رأى أن لا يورثون الا ببينة وهو قول ابن القاسم ومنهم من رأى أن لايورثون أصلا ولا بالبينة العادلة وممن قال بهذا القول من أصحاب مالك عبد الملك بن الماجشون وروى ابن القاسم عن مالك في أهل حصن نزلوا على حكم الاسلام فشهد بعضهم لبعض انهم يتوارثون وهذا يتخرج منه أنهم يتوارثون بلا بينة لان مالكا لا يجوز شهادة الكفار بعضهم على بعض قال فاما ان سبوا فلا يقبل قولهم فى ذلك وبنحو هذا التفصيل قال الكوفيون والشافعى وأحمد وأبو ثور وذلك أنهم قالوا ان خرجوا الى بلاد الاسلام وليس لاحد عليهم يد قبلت دعواهم فى انسابهم . وأما ان ادركهم السبى والرق فلا يقبل قولهم الا ببينه ففى المسئلة أربعة أقوال اثنان طرفان واثنان مفرقان وجمهور العلماء من فقهاء الامصار ومن الصحابة على وزيد وعمر ان من لايرث لايحجب مثل الكافر والمملوك والقاتل عمدا وكان ابن مسعود يحجب بهؤلاء الثلاثة دون أن يورثهم أعنى بأهل الكتاب والعبيد وبالقاتلين عمدا وبه قال داود وأبو ثور وعمدة الجمهور ان الحجب في معنى الارث وانهما متلازمان وحجة الطائفة الثانية ان الحجب لا يرتفع الا بالموت . واختلف العلماء في الذين يفقدون في حرب أو غرق أو هدم ولايدرى من مات منهم قبل صاحبه كيف يتوارثون اذا كانوا أهل ميراث فذهب مالك وأهل المدينة الى أنهم لايورث بعضهم من بعضهم وان ميراثهم جميعا لمن بقى من قرابتهم الوارثين أو لبيت المال ان لم تكن لهم قرابة ترث وبه قال الشافعى وأبو حنيفة وأصحابه فيما حكى عنه الطحاوى وذهب على وعمر رضى الله عنهما وأهل الكوفة وأبو حنيفة فيما ذكر غير الطحاوى عنهم وجهور البصريين الى أنهم يتوارثون وصفة توريثهم عندهم انهم يورثون كل واحد من صاحبه في أصل ماله دون ماورث بعضهم من بعض أعنى انه لايضم الى مال الموروث ماورث من غيره فيتوارثون الكل على انه مال واحد كالحال فى الذين يعلم

تقدم موت بعضهم على بعض مثال ذلك زوج وزوجة توفيا في حرب أو غرق أو هدم ولكل واحد منهما ألف درهم فيورث الزوج من المرأة خمسمائة درهم وتورث المرأة من الالف التى كانت بيد الزوج دون الخمسمائة التى ورث منها ربعها وذلك مائتان وخمسون. ومن مسائل هـذا الباب اختلاف العلماء فى ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا فذهب أهل المدينة وزيد بن ثابت الى أن ولد الملاعنة يورث كما يورث غير ولد الملاعنة وانه ليس لامه الا الثلث والباقى لبيت المال الا أن يكون له اخوة لام فيكون لهم الثلث أو تكون أمه مولاة فيكون باقى المال لمواليها والا فالباقى لبيت مال المسلمين وبه قال مالك والشافعى وأبو حنيفة وأصحابه الا أن أبا حنيفة على مذهبه يجعل ذوى الارحام أولى من جماعة المسلمين وعلى قياس أيضا من يقول بالرد يرد على الام بقية المـال وذهب على وعمر وابن مسعود الى أن عصبته عصبة أمه أعنى الذين يرثونها وروى عن على وابن مسعود انهم كانوا لا يجعلون عصبته عصبة أمه الا مع فقد الام وكانوا ينزلون الام بمنزلة الاب وبه قال الحسن وابن سيرين والثورى وابن حنبل وجماعة وعمـدة الفريق الاول عموم قوله تعالى « فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث » فقالوا هذه أم وكل أم لها الثلث فهذه لها الثلث وعمدة الفريق الثانى ما روى من حديث ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه الحق ولد الملاعنة بامه وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال جعل النبى صلى الله عليه وسلم ميراث ابن الملاعنة لامه ولورثته وحديث واثلة بن الاسقع عن النبى صلى الله عليه وسلم قال: المرأة تحوز ثلاثة مول عتيقها ولقيطها وولدها الذى لاعنت عليه وحديث مكحول عن النبى صلى الله عليه وسلم بمثل ذلك خرج جميع ذلك أبوداود وغيره ✡ قال القاضى هذه الآثار المصير اليها واجب لانها قد خصصت عموم الكتاب والجمهور على ان السنة يخصص بها الكتاب ولعل الفريق الاول لم تبلغهم هذه الاحاديث أولم تصح عندهم وهذا القول مروى عن ابن عباس وعثمان وهو مشهور في الصدر الاول واشتهاره في الصحابة دليل على صحة هذه الآثار فان هذا ليس يستنبط بالقياس والله اعلم. ومن مسائل ثبوت النسب الموجب للميراث اختلافهم فيمن ترك ابنين وأقر أحدهم بأخ ثالث وانكر الثانى فقال مالك وأبو حنيفة يجب عليه ان يعطيه حقه من الميراث يعنون المقر ولا يثبت بقوله نسبه وقال الشافعى لا يثبت النسب ولا يجب على المقر أن يعطيه من الميراث شيئا واختلف مالك وأبو حنيفة في القدر الذى يجب على الاخ المقر فقال مالك يجب عليه ما كان يجب عليه لو أقر الاخ الثانى وثبت النسب وقال ابو حنيفة يجب عليه ان يعطيه نصف ما بيده وكذلك الحكم عند مالك وابى حنيفة فيمن ترك ابنا واحداً فاقر بأخ له اخر اعنى انه لا تثبت النسب ويجب الميراث وأما الشافعى فعنه في هذه المسئلة

قولان أحدهما انه لايثبت النسب ولايجب الميراث والثاني يثبت النسب ويجب الميراث وهوالذي عليه تناظر الشافعية في المسائل الطبلولية ويجعلها مسئلة عامة وهوان كل من يجوز المال يثبت النسب باقراره وان كان واحدا أخا أوغير ذلك وعمدة الشافعية في المسئلة الاولى وفي أحد قوليه في هذه المسئلة أعني القول الغير المشهور ان النسب لا يثبت الا بشاهدى عدل وحيث لا يثبت فلا ميراث لان النسب أصل والميراث فرع واذا لم يوجد الاصل لم يوجد الفرع وعمدة مالك وأبي حنيفة أن ثبوت النسب هو حق متعد الى الاخ المنكر فلا يثبت عليه الا بشاهدين عدلين واما حظه من الميراث الذي بيد المقر فاقراره فيه عامل لانه حق أقر به على نفسه والحق أن القضاء عليه لا يصح من الحاكم الا بعد ثبوت النسب وأنه لا يجوز له بين الله تعالى وبين نفسه أن يمنع من يعرف انه شريكه في الميراث حظه منه . وأما عمدة الشافعية في اثباتهم النسب باقرار الواحد الذي يجوز الميراث فالسماع والقياس أما السماع فحديث مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة المتفق على صحته قالت : كان عتبة بن أبي وقاص عهد الى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن الوليدة زمعة مني فاقبضه اليك فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص وقال ابن أخي قد كان عهد الى فيه فقام اليه عبد بن زمعة فقال أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فتساوقاه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سعد يارسول الله ابن أخي قد كان عهد الى فيه فقام اليه عبد بن زمعة فقال أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم هو لك يا عبد بن زمعة ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش وللعاهر الحجر ثم قال لسودة بنت زمعة احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة بن أبي وقاص قال فما رآها حتى لقي الله عز وجل فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد بن زمعة بأخيه وأثبت نسبه باقراره اذ لم يكن هنالك وارث منازع له وأما أكثر الفقهاء فقد أشكل عليهم معنى هذا الحديث لخروجه عندهم عن الاصل المجمع عليه في اثبات النسب ولهم في ذلك تأويلات وذلك أن ظاهر هذا الحديث أنه اثبت نسبه باقرار أخيه به والاصل أن لا يثبت نسب الا بشاهدى عدل ولذلك تأول الناس في ذلك تأويلات فقالت طائفة انه انما اثبت نسبه عليه الصلاة والسلام بقول أخيه لانه يمكن أن يكون قد علم أن تلك الامة كان يطؤها زمعة بن قيس وانها كانت فراشا له قالوا ومما يؤكد ذلك أنه كان صهره وسودة بنت زمعة كانت زوجته عليه الصلاة والسلام فيمكن أن لا يخفى عليه امرها وهذا على القول بان للقاضي ان يقضي بعلمه ولا يليق هذا التأويل بمذهب مالك لانه لا يقضي القاضي عنده بعلمه ويليق بمذهب الشافعي على قوله الآخر أعني الذي لا يثبت

خيه النسب والذين قالوا بهذا التأويل قالوا انما امر سودة بالحجبة احتياطا للشبهة لا ان ذلك كان واجبا وقال لمكان هذا بعض الشافعية ان للزوج ان يحجب الاخت عن أخيها وقالت طائفة امره بالاحتجاب لسودة دليل على أنه لم يلحق نسبه بقول عتبة ولا بعلمه بالفراش وافترق هؤلاء في تأويل قوله عليه الصلاة والسلام : هولك فقالت طائفة انما أراد هو عبدك اذ كان ابن امة ابيك وهذا غير ظاهر لتعليل رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه في ذلك بقوله الولد للفراش وللعاهر الحجر وقال الطحاوى انما أراد بقوله عليه الصلاة والسلام هولك ياعبد بن زمعة أى يدك عليه بمنزلة ماهو يدالملاقط على اللقطة وهذه التأويلات تضعف لتعليله عليه الصلاة والسلام حكمه بان قال الولد للفراش وللعاهر الحجر . وأما المعنى الذى يعتمده الشافعية في هذا المذهب فهو ان اقرار من يحوز الميراث هو اقرار خلافة أى اقرار من حاز خلافة الميت وعند الغير انه اقرار شهادة لا اقرار خلافه يران الاقرار الذى كان للميت انتقل الى هذا الذى حاز ميراثه واتفق الجمهور على ان أولاد الزنا لايلحقون بآبائهم الا في الجهلية على ماروى عن عمر بن الخطاب على اختلاف فى ذلك بين الصحابة وشذ قوم فقالوا يلتحق ولد الزنا في الاسلام أعنى الذى كان عن زنا في الاسلام واتفقوا على ان الولد لايلحق بالفراش في أقل من ستة أشهر إما من وقت العقد واما من وقت الدخول وانه يلحق من وقت الدخول الى أقصر زمان الحمل وان كان قد فارقها واعتزلها واختلفوا فى أطول زمان الحمل الذى يلحق به بالوالد الولد فقال مالك خمس سنين وقال بعض أصحابه سبع وقال الشافعى أربع سنين وقال الكوفيون سنتان وقال محمد بن الحكم سنة وقال داود ستة أشهر وهذه المسئلة مرجوع فيها الى العادة والتجربة وقول ابن عبدالحكم والظاهرية هو أقرب الى المعتاد والحكم انما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر ولعله أن يكون مستحيلا وذهب مالك والشافعى الى أن من تزوج امرأة ولم يدخل بها أو دخل بها بعد الوقت وأتت بولد لستة أشهر من وقت العقد لا من وقت الدخول انه لا يلحق به الا اذا أتت به لستة أشهر فاكثر من ذلك من وقت الدخول وقال أبو حنيفة هى فراش له ويلحقه الولد وعمدة مالك انها ليست بفراش الا بامكان الوطء وهو مع الدخول وعمدة أبى حنيفة عموم قوله عليه السلام: الولد للفراش وكانه يرى أن هذا تعبد بمنزلة تغليب الوطء الحلال على الوطء الحرام في الحاق الولد بالوطء الحلال واختلفوا من هذا الباب في اثبات النسب بالقافة وذلك عندما يطأ رجلان في طهر واحد بملك يمين او بنكاح ويتصور الحكم ايضا بالقافة في اللقيط الذى يدعيه رجلان او ثلاثة والقافة عند العرب هم قوم كانت عندهم معرفة بفصول تشابه أشخاص الناس فقال بالقافة من فقهاء

الامصار مالك والشافعي واحمد وابو ثور والاوزاعي وأبي الحكم بالقافة الكوفيون وأكثر أهل العراق والحكم عند هؤلاء انه اذا ادعى رجلان ولدا كان الولد بينهما وذلك اذا لم يكن لاحدهما فراش مثل أن يكون لقيطا أو كانت المرأة الواحدة لكل واحد منهما فراشا مثل الامة أو الحرة يطؤها رجلان في طهر واحد وعند الجمهور من القائلين بهذا القول أنه يجوز أن يكون عندهم للابن الواحد ابوان فقط وقال محمد صاحب أبي حنيفة يجوز أن يكون ابنا لثلاثة ان ادعوه وهذا كله تخليط وابطال للمعقول والمنقول وعمدة استدلال من قال بالقافه ما رواه مالك عن سليمان بن يسار أن عمر ابن الخطاب كان يليط أولاد الجاهلية بمن استلاطهم أي بمن ادعاهم في الاسلام فاتى رجلان كلاهما يدعي ولد امرأة فدعا قائفا فنظر اليه فقال القائف لقد اشتركا فيه فضربه عمر بالدرة ثم دعا المرأة فقال اخبريني بخبرك فقالت كان هذا لاحد الرجلين يأتيني في ابل لاهلها فلا يفارقها حتى يظن ويظن أنه قد استمر بها حمل ثم انصرف عنها فاهريقت عليه دما ثم خاف عليها تعني الاخر فلا أدري أيهما هو فكبر القائف فقال عمر للغلام وال أيهما شئت قالوا فقضاء عمر بمحضر من الصحابة بالقافة من غير انكار من واحد منهم هو كالاجماع وهذا الحكم عند مالك اذا قضى القافة بالاشتراك ان يؤخر الصبي حتى يبلغ ويقال له وال ايهما شئت ولا يلحق واحد باثنين وبه قال الشافعي وقال ابو ثور يكون ابنا لهما اذا زعم القائف انهما اشتركا فيه وعند مالك انه ليس يكون ابنا للاثنين لقوله تعالى « ياأيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى » واحتج القائلون بالقافة أيضا بحديث ابن شهاب عن عروة عن عائشة قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم مسروراً تبرق أسارير وجهه فقال ألم تسمعي ماقال محرز المدلجي لزيد واسامة ورأى أقدامهما فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض قالوا وهذا مروي عن ابن عباس وعن أنس بن مالك ولامخالف لهم من الصحابة وأما الكوفيون فقالوا اصل أن لايحكم لاحد المتنازعين في الولد الا ان يكون هنالك فراش لقوله عليه السلام الولد للفراش فاذا عدم الفراش أو اشتركا في الفراش كان ذلك بينهما وكانهم رأوا ذلك بنوة شرعية لا طبيعية فانه ليس يلزم من قال انه لايمكن ان يكون ابن واحد عن ابوين بالعقل أن لايجوز وقوع ذلك في الشرع وروى مثل قولهم عن عمر ورواه عبد الرزاق عن علي وقال والشافعي لايقبل في القافة الا رجلان وعن مالك في ذلك روايتان احدهما مثل قول الشافعي والثانية انه يقبل قول قائف واحد والقافة في المشهور عن مالك انما يقضى بها في ملك اليمين فقط لا في النكاح وروى ابن وهب عنه مثل قول الشافعي وقال أبو عمر بن عبد البر في هذا

حديث حسن مسند أخذ به جماعة من أهل الحديث وأهل الظاهر رواه الثورى عن صالح ابن حى عن الشعبى عن زيد بن أرقم قال كان على باليمين فأتى بامرأة وطئها ثلاثة اناس في طهر واحد فسأل كل واحد منهم أن يقر لصاحبه بالولد فأبى فاقرع بينهم وقضى بالولد للذى أصابته القرعة وجعل عليه ثلثى الدية فرفع ذلك الى النبى صلى الله عليه وسلم فاعجبه وضحك حتى بدت نواجذه وفي هذا القول انفاذ الحكم بالقافة والحاق بالولد بالقرعة واختلفوا في ميراث القاتل على أربعة أقوال فقال قوم لا يرث القاتل أصلا من قتله وقال آخرون يرث القاتل وهم الاقل وفرق قوم بين الخطأ والعمد فقالوا لا يرث في العمد شيئا ويرث في الخطأ الا من الدية وهو قول مالك وأصحابه وفرق قوم بين أن يكون فى العمد قتل بامر واجب أو بغير واجب مثل أن يكون ممن له اقامة الحدود وبالجملة بين أن يكون ممن يتهم أو لا يتهم * وسبب الخلاف معارضة أصل الشرع في هذا المعنى للنظر المصلحى وذلك أن النظر المصلحى يقتضى أن لا يرث لئلا يتذرع الناس من المواريث الى القتل واتباع الظاهر والتعبد يوجب أن لا يلتفت الى ذلك فانه لو كان ذلك مما قصد لالتفت اليه الشارع وما كان ربك نسيا كما تقول الظاهرية واختلفوا في الوارث الذى ليس بمسلم يسلم بعد موت موروثه المسلم وقبل قسم الميراث وكذلك ان كان موروثه على غير دين الاسلام فقال الجمهور انما يعتبر في ذلك وقت الموت فان كان اليوم الذى مات فيه المسلم ورثته ليس بمسلم لم يرثه أصلا سواء أسلم قبل قسمة الميراث أو بعده وكذلك ان كان موروثه على غير دين الاسلام وكان الوارث يوم مات غير مسلم ورثه ضرورة سواء كان اسلامه قبل القسم أو بعده وقالت طائفة منهم الحسن وقتاده وجماعة المعتبر في ذلك يوم القسم وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وعمدة كلا الفريقين قوله صلى الله عليه وسلم : انما دار أو أرض قسمت في الجاهلية فهى على قسم الجاهلية وأيما دار أو أرض ادركها الاسلام ولم تقسم فهى على قسم الاسلام فمن اعتبر وقت القسمة حكم للمقسوم في ذلك الوقت بحكم الاسلام ومن اعتبر وجوب القسمة حكم في وقت الموت للمقسوم بحكم الاسلام وروى من حديث عطاء أن رجلا أسلم على ميراث على عهد رسول الله عليه وسلم قبل أن يقسم فأعطاه رسول الله صلى الله عليه وسلم نصيبه وكذلك الحكم عندهم فيمن أعتق من الورثة بعد الموت وقبل القسم فهذه هى المسائل المشهورة التى تتعلق بهذا الكتاب قال القاضى ولما كان الميراث انما يكون بأحد ثلاثة أسباب إما بنسب أو صهر أو ولاء وكان قد قيل في الذى يكون بالنسب والصهر فيجب ان نذكر هاهنا الولاء ولمن يجب ومن يحجب فيه ممن لا يحجب وأما أحكامه .

(باب في الولاء)

فاما من يجب له الولاء ففيه مسائل مشهورة تجرى مجرى الاصول لهذا الباب .

(المسئلة الاولى) أجمع العلماء على ان من أعتق عبده عن نفسه فان ولاءه له وانه يرثه اذا لم يكن له وارث وأنه عصبة له اذا كان هنالك ورثة لايحيطون بالمال فاما كون الولاء للمعتق عن نفسه فلما ثبت من قوله عليه السلام في حديث بريرة : إنما الولاء لمن أعتق واختلفوا اذا أعتق عبده عن غيره فقال مالك الولاء للمعتق عنه لا الذى باشر العتق وقال أبو حنيفة والشافعى ان أعتقه عن علم المعتق عنه فالولاء للمعتق عنه وان أعتقه عن غير علمه فالولاء للمباشر للعتق وعمدة الحنفية والشافعية ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام : الولاء لمن اعتق وقوله عليه الصلاة والسلام : الولاء لحمة كلحمة النسب قالوا فلما لم يجز أن يلتحق نسب بالحر بغير اذنه فكذلك الولاء ومن طريق المعنى فلان عتقه حرية وقعت في ملك المعتق فوجب ان يكون الولاء له أصله اذا اعتقه من نفسه وعمدة مالك انه اذا أعتقه عنه فقد ملكه اياه فأشبه الوكيل ولذلك اتفقوا على أنه اذا اذن له المعتق عنه كان ولاؤه للمباشر وعند مالك أنه من قال لعبده أنت حر لوجه الله وللمسلمين أن الولاء يكون للمسلمين وعندهم يكون للمعتق

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء فيمن أسلم على يديه رجل هل يكون ولاؤه له فقال مالك والشافعى والثورى وداود وجماعة لا ولاء له وقال أبو حنيفة وأصحابه له ولاؤه اذا والاه وذلك أن من مذهبهم أن للرجل أن يوالى رجلا آخر فيرثه ويعقل عنه وأن له أن ينصرف من ولائه الى ولاء غيره مالم يعقل عنه وقال غيره بنفس الاسلام على يديه يكون له ولاؤه فعمدة الطائفة الاولى قوله صلى الله عليه وسلم : انما الولاء لمن اعتق وانما هذه هي التى يسمونها الحاصرة وكذلك الالف واللام هي عندهم للحصر ومعنى الحصر هو أن يكون الحكم خاصا بالمحكوم عليه لا يشاركه فيه غيره أعنى أن لا يكون ولاء بحسب مفهوم هذا القول الا للمعتق فقط المباشر وعمدة الحنفية في اثبات الولاء بالموالاة قوله تعالى « ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والاقربون » وقوله تعالى « والذين عاقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم » وحجة من قال الولاء يكون بنفس الاسلام فقط حديث تميم الدارى قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المشرك يسلم على يدى مسلم فقال هو أحق الناس وأولاهم بحياته ومماته وقضى به عمر بن عبد العزيز وعمدة الفريق الاول أن قوله تعالى (والذين عاقدت أيمانكم)

منسوخة بآية المواريث وان ذلك كان في صدر الاسلام وأجمعوا على أنه لايجوز بيع الولاء ولا هبته لثبوت نهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك الاولاء السائبة .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء اذا قال السيد لعبده أنت سائبة فقال مالك ولاؤه وعقله للمسلمين وجعله بمنزلة من اعتق عن المسلمين الا ان يريد به معنى العتق فقط فيكون ولاؤه له وقال الشافعي وأبو حنيفة ولاؤه للمعتق على كل حال وبه قال أحمد وداود وأبو ثور وقالت طائفة له ان يجعل ولاءه حيث شاء وان لم يوال أحداً كان ولاؤه للمسلمين وبه قال الليث والاوزاعى وكان ابراهيم والشعبي يقولان لابأس ببيع ولاء السائبة وهبته وحجه هؤلاء هي الحجج المتقدمة في المسئلة التي قبلها : وأما من أجاز بيعه فلا أعرف له حجة في هذا الوقت .

(المسئلة الرابعة) اختلف العلماء في ولاء العبد المسلم اذا اعتقه النصراني قبل أن يباع عليه لمن يكون فقال مالك وأصحابه ولاؤه للمسلمين فان أسلم مولاه بعد ذلك لم يعد اليه ولاؤه ولاميراثه وقال الجمهور ولاؤه لسيده فان أسلم كان له ميراثه وعمدة الجمهور أن الولاء كالنسب وانه اذا أسلم الاب بعد اسلام الابن أنه يرثه فكذلك العبد . وأما عمدة مالك فعموم قوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) فهو يقول أنه لما لم يجب له الولاء يوم العتق لم يجب له فيما بعد وأما اذا وجب له يوم العتق ثم طرأ عليه مانع من وجوبه فلم يختلفوا أنه اذا ارتفع ذلك المانع أنه يعود الولاء له ولذلك اتفقوا أنه اذا اعتق النصراني الذمى عبده النصراني قبل أن يسلم أحدهما ثم أسلم العبد أن الولاء يرتفع فان أسلم المولى عاد اليه وان كانوا اختلفوا في الحربي يعتق عبده وهو على دينه ثم يخرجان الينا مسلمين فقال مالك هو مولاه يرثه وقال أبو حنيفة لا ولاء بينهما وللعبد أن يوالى من شاء على مذهبه في الولاء والتحالف وخالف أشهب مالكا فقال اذا أسلم العبد قبل المولى لم يعد الى المولى ولاؤه أبداً وقال ابن القاسم يعود وهو معنى قول مالك لان مالكا يعتبر وقت العتق وهذه المسائل كلها هي مفروضة في القول لا تقع بعد فانه ليس من دين النصارى أن يسترق بعضهم بعضا ولا من دين اليهود فيما يعتقدونه في هذا الوقت ويزعمون أنه من مللهم

(المسئلة الخامسة) أجمع جمهور العلماء على أن النساء ليس لهن مدخل في وراثة الولاء الامن باشرن عتقه بأنفسهن او ماجر اليهن من باشرن عتقه امابولاء اوبنسب مثل معتق معتقها او ابن معتقها وانهن لايرثن معتق من يرثنه الا ما حكى عن شريح وعمدته انه لما كان لها ولاء ما اعتقت بنفسها كان لها ولاء ما اعتقه موروثها قياسا على الرجل وهذا هو الذي يعرفونه بقياس المعنى وهو أرفع مراتب القياس وانما الذي يوهنه الشذوذ وعمدة

الجمهور ان الولاء انما وجب للنعمة التى كانت للمعتق على المعتق وهذه النعمة انما توجد فيمن باشر العتق أو كان من سبب قوى من اسبابه وهم العصبة

قال القاضى واذ قد تقرر من له ولاء ممن ليس له ولاء فبقى النظر فى ترتيب اهل الولاء فى الولاء فمن اشهر مسائلهم فى هذا الباب المسئلة التى يعرفونها بالولاء للكبر مثال ذلك رجل اعتق عبداً ثم مات ذلك الرجل وترك آخوين اوابنين ثم مات احد الاخوين وترك ابنا أواحد الابنين فقال الجمهور فى هذه المسئلة أن حظ الاخ الميت من الولاء لايرثه عنه ابنه وهو راجع الى اخيه لانه احق به من ابنه بخلاف الميراث لان الحجب فى الميراث يعتبر بالقرب من الميت وهنا بالقرب من المباشر للعتق وهو مروى عن عمر بن الخطاب وعلى عثمان وابن مسعود وزيد ابن ثابت من الصحابة وقال شريح وطائفة من أهل البصرة حق الاخ الميت فى هذه المسئلة لبنيه وعمدة هؤلاء تشبيه الولاء بالميراث وعمدة الفريق الاول أن الولاء نسب مبدؤه من المباشر ومن مسائلهم المشهورة فى هذا الباب المسئلة التى تعرف بجر الولاء وصورتها أن يكون عبد له بنون من أمة فاعتقت الامة ثم أعتق العبد بعد ذلك فان العلماء اختلفوا لمن يكون ولاء البنين اذا أعتق الاب وذلك أنهم اتفقوا على أن ولاءهم بعد عتق الام اذا لم يمس المولود الرق فى بطن أمه وذلك يكون اذا تزوجها العبد بعد العتق وقبل عتق الاب هو لمو الى الام واختلفوا اذا اعتق الاب هل يجر ولاء بنيه لمواليه أم لايجر فذهب الجمهور ومالك وأبو حنيفة والشافعى وأصحابهم الى أنه يجره وبه قال على رضى الله عنه وابن مسعود والزبير وعثمان بن عفان وقال عطاء وعكرمة وابن شهاب وجماعة لايجر ولاءه وروى عن عمر وقضى به عبد الملك بن مروان لما حدثه به قبيصة بن ذؤيب عن عمر بن الخطاب وان كان قد روى عن عمر مثل قول الجمهور وعمدة الجمهور أن الولاء مشبه بالنسب والنسب للاب دون الام وعمدة الفريق الثانى أن البنين لما كانوا فى الحرية تابعين لامهم كانوا فى موجب الحرية تابعين لها وهو الولاء وذهب مالك الى أن الجد يجر ولاء حفدته اذا كان أبوهم عبدا الا أن يعتق الاب وبه قال الشافعى وخالفه فى ذلك الكوفيون واعتمدوا فى ذلك على أن ولاء الجد انما يثبت لمعتق الجد على البنين من جهة الاب واذا لم يكن للاب ولاء فأحرى أن لايكون للجد وعمدة الفريق الثانى أن عبودية الاب هى كموته فوجب أن ينتقل الولاء الى أبى الاب ولا خلاف بين من يقول بان الولاء للعصبة فيما أعلم أن الابناء أحق من الآباء وأنه لاينتقل الى العمود الاعلى الا اذا فقد العمود الاسفل بخلاف الميراث لان البنوة عندهم أقوى تعصيبا من الابوة والاب أضعف تعصيبا والاخوة وبنوهم اقعد عند مالك من الجد وعند

الشافعي وأبي حنيفة الجد أقعد منهم * وسبب الخلاف من أقرب نسبا وأقوى تعصيبا وليس يورث بالولاء جزء مفروض وانما يورث تعصيبا فاذا مات المولى الاسفل ولم يكن له ورثه اصلا أوكان له ورثه لايحيطون بالميراث كان عاصبة المولى الاعلى وكذلك يعصب المولى الاعلى كل من للمولى الاعلى عليه ولادة نسب أعني بناته وبنيه وبني بنيه وفي هذا الباب مسئلة مشهورة وهي اذا ماتت امرأة ولها ولاء وولد وعصبة لمن ينقل الولاء فقالت طائفة لعصبتها لانهم الذين يعقلون عنها والولاء للعصبة وهو قول علي بن أبي طالب وقال قوم لابنها وهو قول عمر ابن الخطاب وعليه فقهاء الامصار . وهو مخالف لاهل هذا السلف لان ابن المرأة ليس من عصبتها تم كتاب الفرائض والولاء والحمد لله حق حمده

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب العتق ﴾

والنظر في هذا الكتاب فيمن يصح عتقه ومن لا يصح ومن يلزمه ومن لا يلزمه أعني بالشرع وفي الفاظ العتق وفي الايمان به وفي أحكامه وفي الشروط الواقعة فيه ونحن فانما نذكر من هذه الابواب مافيها من المسائل المشهورة التي يتعلق أكثرها بالمسموع . فامامن يصح عتقه فانهم أجمعوا على انه يصح عتق المالك التام الملك الصحيح الرشيد القوى الجسم الغني غير العديم واختلفوا في عتق من أحاط الدين بماله وفي عتق المريض وحكمه فامامن أحاط الدين بماله فان العلماء اختلفوا في جواز عتقه فقال أكثر أهل المدينة مالك وغيره لايجوز ذلك وبه قال الاوزاعي والليث وقال فقهاء العراق ذلك جائز حتى يحجر عليه الحاكم وذلك عند من يرى التحجير منهم وقد يتخرج عن مالك في ذلك الجواز قياسا على ماروى عنه في الرهن أنه يجوز وان أحاط الدين بمال الراهن مالم يحجر عليه الحاكم وعمدة من منع عتقه ان ماله في تلك الحال مستحق للغرماء فليس له ان يخرج منه شيء بغير عوض وهي العلة التي بها يحجر الحاكم عليه التصرف والاحكام يجب ان توجد مع وجود عللها وتحجير الحاكم ليس بعلة وانما هو حكم واجب من موجبات العلة

فلا اعتبار بوقوعه وعمدة الفريق الثانى أنه قد انعقد الإجماع على أن له ان يطأ جاريته ويحبلها ولايرد شيئاً مما انفقه من ماله على نفسه وعياله حتى يضرب الحاكم على يديه فوجب ان يكون حكم تصرفاته هـذا الحـكم وهـذا هو قول الشافعى ولاخلاف عند الجميع انه لايجوز ان يعتق غير المحتلم مالم تـكن وصية منه وكذلك المحجور ولايجوز عنـد العلماء عتقه لشيء من مماليـكه الا مالـكا وأكثر أصحابه فانهم اجاز واعتقه لام ولده . وأما المريض فالجمهور على ان عتقه ان صح وقع وان مات كان من الثلث وقال أهل الظاهر هو مثل عتق الصحيح وعمدة الجمهور حديث عمران بن الحصين أن رجلا اعتق ستة اعبد له الحديث على ماتقدم . وأمامن يدخل عليهم العتق كرها فهم ثلاثة من بعض العتق وهذا متفق عليه فى أحد قسميه واثنان مختلف فيهما وهما من ملك من يعتق عليه ومن مثل بعبده فامامن بعض العتق فانه ينقسم قسمين ، أحدهما من وقع تبعيض العتق منه وليس له من العبد إلا الجزء المعتق والثانى أن يكون يملك العبد كله ولكن بعض عتقه اختياراً منه فاما العبد بين الرجلين يعتق أحدهما حظه منه فان الفقهاء اختلفوا في حكم ذلك فقال مالك والشافعى وأحمد ابن حنبل ان كان المعتق موسرا قوم عليه نصيب شريكه قيمة العدل فدفع ذلك الى شريكه وعتق الـكل عليه وكان ولاؤه له وان كان المعتق معسراً لم يلزمه شيء وبقى المعتق بعضه عبد او أحكامه أحكام العبد وقال أبو يوسف ومحمد ان كان معسراً سعى العبد في قيمته للسيد الذى لم يعتق حظه منه وهو حر يوم أعتق حظه منه الاول ويكون ولاؤه للأول وبه قال الأوزاعى وابن شبرمة وابن أبى ليلى وجماعة الكوفيين الا ان ابن شبرمة وابن أبى ليلى جعلا للعبد ان يرجع على المعتق بما سعى فيه متى أيسر وأما شريك المعتق فان الجمهور على أن له الخيار في أن يعتق أو يقوم نصيبه على المعتق وقال أبو حنيفة لشريك الموسر ثلاث خيارات ، أحدها أن يعتق كما أعتق شريكه ويكون الولاء بينهما وهذا لاخلاف فيه بينهم ، والخيار الثانى أن تقوم عليـه حصته ، والثالث ان يكلف العبد السعى في ذلك ان شاء ويكون الولاء بينهما وللسـيد المعتق عبده عنـده اذا قوم عليه شريكه نصيبه ان يرجع على العبد فيسعى فيه ويكون الولاء كله للمعتق وعمدة مالك والشافعى حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من أعتق شركا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل فاعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ماعتق وعمدة محمد وأبى يوسف صاحبى أبى حنيفة ومن يقول بقولهم حديث أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسـلم قال : من أعتق شقصاً له في عبد فخلاصه في ماله ان كان له مال فان لم يكن له مال استسعى

العبد غير مشقوق عليه وكلا الحديثين خرجه أهل الصحيح البخارى ومسلم وغيرهما
ولكل طائفة منهم قول في ترجيح حديثه الذى أخذ به فمما وهنت به الكوفية
حديث ابن عمر أن بعض رواته شك في الزيادة المعارضة فيه لحديث أبى هريرة وهو
قوله والا فقد عتق منه ماعتق فهو من قوله عليه السلام أم من قول نافع وان
في الفاظه أيضا بين رواته اضطرابا ومما وهن به المالكيون حديث أبى هريرة انه اختلف
أصحاب قتادة فيه على قتادة فى ذكر السعاية . وأما من طريق المعنى فاعتمدت المالكية
في ذلك على انه انما لزم السيد التقويم ان كان له مال للضرر الذى أدخله على شريكه
والعبد لم يدخل ضرر افليس يلزمه شئ وعمدة الكوفيين من طريق المعنى ان الحرية
حق اما شرعى لايجوز تبعيضه فاذا كان الشريك المعتق موسرا عتق الكل عليه واذا
كان معسراً سعى العبد في قيمته وفيه مع هذا رفع الضرر الداخل على الشريك
وليس فيه ضرر على العبد وربما اتوا بقياس شبهى وقالوا لما كان العتق يوجد
منه في الشرع نوعان ، نوع يقع بالاختيار وهو اعتاق السيد عبده ابتغاء ثواب
الله ونوع يقع بغير اختيار وهو أن يعتق على السيد من لايجوزله بالشريعة ملكه
وجب ان يكون العتق بالسعى كذلك فالذى بالاختيار منه هو الكتابة والذى هو
داخل بغير اختيار هو السعى.واختلف مالك والشافعى في أحد قوليه اذا كان المعتق
موسراً هل يعتق عليه نصيب شريكه بالحكم أو بالسراية أعنى انه يسرى وجوب عتقه
عليه بنفس العتق فقالت الشافعية يعتق بالسراية وقالت المالكية بالحكم واحتجت
المالكية بانه لوكان واجبا بالسراية اسرى مع العدم واليسر واحتجت الشافعية باللازم
عن مفهوم قوله عليه الصلاة والسلام : قوم عليه قيمة العدل فقالوا ما يجب تقويمه
فانما يجب بعد اتلافه فاذن بنفس العتق أتلف حظ صاحبه فوجب عليه تقويمه في وقت
الاتلاف وان لم يحكم عليه بذلك حاكم وعلى هذا فليس للشريك أن يعتق نصيبه لانه
قد نفذ العتق وهذا بين وقول أبى حنيفة في هذه المسئلة مخالف لظاهر الحديثين وقد
روى فيها خلاف شاذ فقيل عن ابن سيرين أنه جعل حصة الشريك في بيت
المال وقيل عن ربيعة فيمن أعتق نصيبا له فى عبد أن العتق باطل وقال قوم لايقوم
على المعسر الكل وينفذ العتق فيمن أعتق وقال قوم بوجوب التقويم على المعتق
موسراً أو معسراً ويتبعه شريكه وسقط العسر في بعض الروايات في حديث
ابن عمر وهذا كله خلاف الاحاديث ولعلهم لم تبلغهم الاحاديث واختلف قول
مالك من هذا في فرع وهو اذا كان معسراً فتأخر الحكم عليه باسقاط التقويم
حتى أيسر فقيل يقوم وقيل لا يقوم واتفق القائلون بهذه الآثار على أنه

من ملك باختياره شقصا يعتق عليه من عبد أنه يعتق عليه الباقي ان كان موسراً الا اذا ملكه بوجه لا اختيار له فيه وهو أن يملكه بميراث فقال قوم يعتق عليه في حال اليسر وقال قوم لا يعتق عليه وقال قوم في حال اليسر بالسعاية وقال قوم لا ☆ واذا ملك السيد جميع العبد فأعتق بعضه فجمهور علماء الحجاز والعراق مالك والشافعي والثوري والاوزاعي وأحمد وابن أبي ليلى ومحمد بن الحسن وأبو يوسف يقولون يعتق عليه كله وقال أبو حنيفة وأهل الظاهر يعتق منه ذلك القدر الذي عتق ويسعى العبد في الباقي وهو قول طاوس وحماد وعمدة استدلال الجمهور أنه لما ثبتت السنة في اعتاق نصيب الغير على الغير لحرمة العتق كان أحرى ان يجب ذلك عليه في ملكه وعمدة أبي حنيفة أن سبب وجوب العتق على المبعض للعتق هو الضرر الداخل على شريكه فاذا كان ذلك كله ملكا له لم يكن هنالك ضرر ☆ فسبب الاختلاف من طريق المعنى هل علة هذا الحكم حرمة العتق أعني ان لا يقع فيه تبعيض أو مضرة الشريك واحتجت الحنفية بما رواه اسماعيل بن أمية عن أبيه عن جده أنه أعتق نصف عبده فلم ينكر رسول الله صلى الله عليه وسلم عتقه . ومن عمدة الجمهور مارواه النسائي وأبو داود عن أبي المليح عن أبيه أن رجلا من هذيل أعتق شقصا له من مملوك فتمم النبي عليه الصلاة والسلام عتقه وقال ليس لله شريك وعلى هذا فقد نص على العلة التي تمسك بها الجمهور وصارت علتهم أولى لان العلة المنصوص عليها أولى من المستنبطة ☆ فسبب اختلافهم تعارض الآثار في هذا الباب وتعارض القياس واما الاعتاق الذي يكون بالمثلة فان العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والليث والاوزاعي من مثل بعبده أعتق عليه وقال أبو حنيفة والشافعي لا يعتق عليه وشذ الاوزاعي فقال من مثل بعبد غيره أعتق عليه والجمهور على انه يضمن مانقص من قيمة العبد فمالك ومن قال بقوله اعتمد حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان زنباعا وجد غلاما له مع جارية فقطع ذكره وجدع أنفه فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ماحملك على مافعلت فقال فعل كذا وكذا فقال النبي صلى الله عليه وسلم اذهب فأنت حر وعمدة الفريق الثاني قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر : من لطم مملوكه أو ضربه فكفارته عتقه قالوا فلم يلزم العتق في ذلك وانما ندب اليه ولهم من طريق المعنى ان الاصل في الشرع هو انه لا يكره السيد على عتق عبده الا ما خصصه الدليل وأحاديث عمرو بن شعيب مختلف في صحتها فلم يبلغ في القوة ان يخصص بها مثل هذه القاعدة وأما هل يعتق على الانسان احد من قرابته وان عتق فمن يعتق فانهم اختلفوا في ذلك

فجمهور العلماء على انه يعتق على الرجل بالقرابة الا داود وأصحابه فانهم لم يروا ان يعتق أحد على أحد من قبل قربى والذين قالوا بالعتق اختلفوا فيمن يعتق ممن لا يعتق بعد اتفاقهم على أنه يعتق على الرجل أبوه وولده فقال مالك يعتق على الرجل ثلاثة، أحدها أصوله وهم الآباء والأجداد والجدات والامهات لو آباؤهم وأمهاتهم وبالجملة كل من كان له على الأنسان ولادة . والثاني فروعه وهم الابناء والبنات وولدهم ما سلفوا وسواء في ذلك ولد البنين وولد البنات وبالجملة كل من للرجل عليه ولادة بغير توسط أو بتوسط ذكر أو انثى، والثالث الفروع المشاركة له في أصله القريب وهم الاخوة وسواء كانوا لاب وأم أو لاب فقط أو لام فقط واقتصر من هذا العمود على القريب فقط فلم يوجب عتق بنى الاخوة .وأما الشافعى فقال مثل قول مالك في العمودين الاعلى والاسفل وخالفه في الاخوة فلم يوجب عتقهم . وأما أبو حنيفة فاوجب عتق كل ذى رحم محرم بالنسب كالعم والعمة والخال والخالة وبنات الاخ ومن أشبههم ممن هو من الانسان ذو محرم ✡ وسبب اختلاف أهل الظاهر مع الجمهور اختلافهم في مفهوم الحديث الثابت وهو قوله عليه السلام : لا يجزى ولد عن والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه خرجه مسلم والترمذى وأبو داود وغيرهم فقال الجمهور يفهم من هذا أنه اذا اشتراه وجب عليه عتقه وانه ليس يجب عليه شراؤه وقالت الظاهرية المفهوم من الحديث انه ليس يجب عليه شراؤه ولا عتقه اذا اشتراه قالوا لان اضافة عتقه اليه دليل على صحة ملكه له ولو كان ماقالوا صوابا لـكان اللفظ الا ان يشتريه فيعتق عليه وعمدة الحنفية مارواه قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: من ملك ذا رحم محرم فهو حر وكان هذا الحديث لم يصح عند مالك والشافعى وقاس مالك الاخوة على الابناء والاباء ولم يلحقهم بهم الشافعى واعتمد الحديث المتقدم فقط وقاس الابناء على الاباء وقد رامت المالكية أن تحتج لمذهبها بان البنوة صفة هى ضد العبودية وانه ليس يجتمع معها لقوله تعالى (وما ينبغى للرحمن أن يتخذ ولدا ان كل من في السموات والارض الا آتى الرحمن عبدا) وهذه العبودية هى معنى غير العبودية التى يحتجون بها فان هذه عبودية معقولة وبنوة معقولة العبودية التى بين المخلوقين والمولاية هى عبودية بالشرع لا بالطبع أعنى بالوضع لا مجال للعقل كما يقولون فيها عندهم وهو احتجاج ضعيف وانما أراد الله تعالى ان البنوة تساوى الابوة في جنس الوجود أو في نوعه أعنى ان الموجودين اللذين أحدهما أب والاخر ابن هما متقاربان جدا حتى انهما اما أن يكونا من نوع واحد أو من جنس واحد وما دون الله من الموجودات فليس يجتمع معه سبحانه في جنس قريب ولا بعيد بل التفاوت بينهما غاية التفاوت فلم يصح أن يكون في الموجودات التى ههنا شىء نسبته اليه نسبة

الاب الى الابن بل ان نسبة الموجودات اليه نسبة العبد الى السيد أقرب الى حقيقة الامر من نسبة الابن الى الاب لان التباعد الذى بين السيد والعبد في المرتبة أشد من التباعد الذى بين الاب والابن وعلى الحقيقة فلا شبه بين النسبتين لكن لما لم يكن في الموجوات نسبة أشد تباعداً من هذه النسبة أعنى تباعد طرفيهما في الشرف والخسة ضرب المثال بها أعنى نسبة العبد للسيد ومن لحظ المحبة التى بين الاب والابن والرحمة والرأفة والشفقة أجاز أن يقول فى الناس أنهم أبناء الله على ظاهر شريعة عيسى فهذه جملة المسائل المشهورة التى تتعلق الذى يدخل على الانسان بغير اختياره .وقد اختلفوا من أحكام العتق في مسئلة مشهورة تتعلق بالسماع وذلك ان الفقهاء اختلفوا فيمن أعتق عبيدا له في مرضه أو بعد موته ولا مال له غيرهم فقال مالك والشافعى وأصحابهما وأحمد وجماعة اذا أعتق فى مرضه ولامال له سواهم قسموا ثلاثة أجزاء وعتق منهم جزء بالقرعة بعد موته وكذلك الحكم في الوصية بعتقهم وخالف أشهب وأصبغ مالكا فى العتق المبتل في المرض فقالا جميعا انما القرعة في الوصية وأما حكم العتق المبتل فهو كحكم المدبر ولا خلاف فى مذهب مالك ان المدبرين في كلمة واحدة اذا ضاق عنهم الثلث أنه يعتق من كل واحد منهم بقدر حظه من الثلث وقال أبوحنيفة وأصحابه في العتق المبتل اذا ضاق عنه الثلث أنه يعتق من كل واحد منهم ثلثه وقال الغير بل يعتق من الجميع ثلثه فقوم من هؤلاء اعتبروا في ثلث الجميع القيمة وهو مذهب مالك والشافعى وقوم اعتبروا العدد فعند مالك اذا كانوا ستة أعبد مثلا عتق منهم الثلث بالقيمة كان الحاصل في ذلك اثنين منهم أو أقل أو أكثر وذلك أيضا بالقرعة بعد أن يجبروا على القسمة أثلاثا وقال قوم بل المعتبر العدد فان كانوا ستة عتق منهم اثنان وان كانوا مثلا سبعة عتق منهم اثنان وثلث فعمدة أهل الحجاز مارواه أهل البصرة عن عمران بن الحصين ان رجلا أعتق ستة مملوكين عند موته ولم يكن له مال غيرهم فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثا ثم أقرع بينهم فاعتق اثنين وأرق أربعة خرجه البخارى ومسلم مسندا وأرسله مالك وعمدة الحنفية ماجرت به عادتهم من رد الآثار التى تأتى بطرق الآحاد اذا خالفتها الاصول الثابتة بالتواتر وعمدتهم انه قد أوجب السيد لكل واحد منهم العتق تاما فلو كان له مال لنفذ باجماع فاذا لم يكن له مال وجب أن ينفذ لكل واحد منهم بقدر الثلث الجائز فعل السيد فيه وهذا الاصل ليس بينا من قواعد الشرع فى هذا الموضع وذلك انه يمكن ان يقال انه اذا اعتق من كل واحد منهم الثلث دخل الضرر على الورثة والعبيد المعتقين وقد الزم الشرع مبعض العتق ان يتمم عليه

فلما لم يمكن ههنا ان يتم عليه جمع في اشخاص باعيانهم لكن متى اعتبرت القيمة في ذلك دون العدد افضت الى هذا الاصل وهو تبعيض العتق فلذلك كان الاولى ان يعتبر العدد وهو ظاهر الحديث وكان الجزء المعتق في كل واحد منهم هو حق لله فوجب ان يجمع في أشخاص باعيانهم أصله حق الناس. واختلفوا في مال العبد اذا أعتق لمن يكون فقالت طائفة المال للسيد وقالت طائفة ماله تبع له وبالاول قال ابن مسعود من الصحابة ومن الفقهاء أبو حنيفة والثورى وأحمد واسحق وبالثانى قال ابن عمر وعائشة والحسن وعطاء ومالك وأهل المدينة والحجة لهم حديث ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال: من أعتق عبداً فماله له الا ان يشترط السيد ماله . وأما الفاظ العتق فان منها صريحا ومنها كناية عند أكثر فقهاء الامصار الالفاظ الصريحة فهو أن يقول أنت حر أو أنت عتيق وماتصرف من هذه فهذه الألفاظ تلزم السيد باجماع من العلماء وأما الكناية فهي مثل قول السيد لعبده لاسبيل لى عليك أولا ملك لى عليك فهذه ينوى فيها سيد العبد هل أراد به العتق أم لا عند الجمهور ومما اختلفوا فيه في هذا الباب اذا قال السيد لعبده يابنى أولامته يابنتى أو قال ياأبى أو ياأمى فقال قوم وهم الجمهور لاعتق يلزمه وقال أبو حنيفة يعتق عليه وشذ زفر فقال لوقال السيد لعبده هـذا ابنى عتق عليه وان كان العبد له عشرون سنة وللسيد ثلاثون سنة ومن هذا الباب اختلافهم فيمن قال لعبده ماأنت إلا حر فقال قوم هو ثناء عليه وهم الاكثر وقال قوم هو حر وهو قول الحسن البصرى ومن هذا الباب أيضا من نادى عبدا من عبيده باسمه فاستجاب له عبد آخر فقال له أنت حر وقال انما أردت الاول فقيل يعتقان عليه جميعا وقيل ينوى واتفقوا على أن من أعتق مافي بطن أمته فهو حر دون الام واختلفوا فيمن أعتق أمة واستثنى مافى بطنها فقالت طائفة له استثناؤه وقالت طائفة هما حران واختلفوا في سقوط العتق بالمشيئة فقالت طائفة لا استثناء فيه كالطلاق وبه قال مالك وقال قوم يؤثر فيه الاستثناء كقولهم في الطلاق أعنى قول القائل لعبده أنت حر ان شاء الله وكذلك اختلفوا فى وقوع العتق بشرط الملك فقال مالك يقع وقال الشافعى وغيره لايقع وحجتهم قوله عليه الصلاة والسلام : لا عتق فيما لا يملك ابن آدم وحجة الفرقة الثانية تشبيههم اياه باليمين وألفاظ هذا الباب شبيهة بالفاظ الطلاق وشروطه كشروطه وكذلك الايمان فيه شبيهة بايمان الطلاق .وأما أحكامه فكثيرة منها أن الجمهور على أن الابناء تابعون في العتق والعبودية للام وشذ قوم فقالوا الا أن يكون الاب عربيا ومنها اختلافهم في العتق الى أجل فقال قوم ليس له أن يطأها ان كانت جارية ولا يبيع ولا يهب وبه قال مالك وقال قوم له جميع ذلك وبه قال الاوزاعى والشافعى واتفقوا على جواز اشتراط

الخدمة على المعتق مدة معلومة بعد العتق وقبل العتق واختلفوا فيمن قال لعبده إن بعتك فانت حر فقال قوم لا يقع عليه العتق لانه اذا باعه لم يملك عتقه وقال قوم ان باعه يعتق عليه أعني من مال البائع اذا باعه وبه قال مالك والشافعي وبالاول قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري وفروع هذا الباب كثيرة وفي هذا كفاية .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب الكتابة

والنظر الكلى في الكتابة ينحصر في أركانها وشروطها وأحكامها : أما الاركان فثلاثة العقد وشروطه وصفته والعاقد والمعقود عليه وصفاتهما ونحن نذكر المسائل المشهورة لاهل الامصار في جنس جنس من هذه الاجناس .

القول في مسائل العقد

فمن مسائل هذا الجنس المشهورة اختلافهم في عقد الكتابة هل هو واجب أو مندوب اليه فقال فقهاء الامصار إنه مندوب وقال أهل الظاهر هو واجب واحتجوا بظاهر قوله تعالى (فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا) والامر على الوجوب وأما الجمهور فانهم لما رأوا ان الاصل هو ان لا يجبر أحد على عتق مملوكه حملوا هذه الآية على الندب لئلا تكون معارضة لهذا الاصل وأيضا فانه لما لم يكن للعبد أن يحكم له على سيده بالبيع له وهو خروج رقبته عن ملكه بعوض فاحرى أن لا يحكم له عليه بخروجه عن غير عوض هو مالكه وذلك ان كسب العبد هو للسيد وهذه المسألة هي أقرب أن تكون من أحكام العقد من أن تكون من أركانه وهذا العقد بالجملة هو أن يشترى العبد نفسه وماله من سيده بمال يكتسبه العبد فاركان هذا العقد الثمن والمثمون والاجل والالفاظ الدالة على هذا العقد فاما الثمن فانهم اتفقوا على أنه يجوز اذا كان معلوما بالعلم الذى يشترط فى البيوع واختلفوا اذا كان في لفظه ابهام ما فقال أبو حنيفة ومالك يجوز أن يكاتب عبده على جارية أو عبد من غير أن يصفهما ويكون له الوسط من العبيد وقال الشافعي لا يجوز حتى يصفه فمن اعتبر في هذا طلب المغابنة شبهه بالبيوع ومن رأى أن هذا العقد مقصوده المكارمة

وعدم التشاح جوز فيه الغرر اليسير كحال اختلافهم في الصداق ومالك يجيز بين العبد وسيده من جنس الربا مالا يجوز بين الاجنبي والاجنبي من مثل بيع الطعام قبل قبضه وفسخ الدين في الدين وضع وتعجل ومنع ذلك الشافعي وأحمد وعن أبي حنيفة القولان جميعا وعمدة من أجازه أنه ليس بين السيد وعبده ربا لانه وماله له وانما الكتابة سنة على حدتها وأما الاجل فانهم اتفقوا على أنه يجوز ان تكون مؤجلة واختلفوا في هل تجوز حالة وذلك أيضا بعد اتفاقهم على انها تجوز حالة على مال موجود عند العبد وهي التي يسمونها قطاعة لا كتابة واما الكتابة فهي التي يشتري العبد فيها ماله ونفسه من سيده بمال يكتسبه فوضع الخلاف انما هو هل يجوز أن يشتري نفسه من سيده بمال حال ليس بيده فقال الشافعي هذا الكلام لغو وليس يلزم السيد منه شيء وقال متأخروا أصحاب مالك قد لزمت الكتابة للسيد ويرفعه العبد الى الحاكم فينجم عليه المال بحسب حال العبد وعمدة المالكية أن السيد قد أوجب لعبده الكتابة الا انه اشترط فيها شرطا يتعذر غالبا فصح العقد وبطل الشرط وعمدة الشافعية ان الشرط الفاسد يعود ببطلان اصل العقد كمن باع جاريته واشترط أن لا يطأها وذلك أنه اذا لم يكن له مال حاضر أدى الى عجزه وذلك ضد مقصود الكتابة وحاصل قول المالكية يرجع الى أن الكتابة من أركانها أن تكون منجمة وأنه اذا اشترط فيها ضد هذا الركن بطل الشرط وصح العقد واتفقوا على أنه اذا قال السيد لعبده قد كاتبتك على الف درهم فاذا أديتها فانت حر أنه اذا أداها حر واختلفوا اذا قال له قد كاتبتك على الف درهم وسكت هل يكون حراً دون أن يقول فاذا أديتها فانت حر فقال مالك وأبو حنيفة هو حر لان اسم الكتابة لفظ شرعي فهو يتضمن جميع أحكامه وقال قوم لا يكون حرا حتى يصرح بلفظ الاداء واختلف في ذلك قول الشافعي ومن هذا الباب اختلاف قول ابن القاسم ومالك فيمن قال لعبده انت حر وعليك الف دينار فاختلف المذهب في ذلك فقال مالك يلزمه وهو حر وقال ابن القاسم هو حر ولا يلزمه واما ان قال انت حر على ان عليك الف دينار فاختلف المذهب في ذلك فقال مالك هو حر والمال عليه كغريم من الغرماء وقيل العبد بالخيار فان اختار الحرية لزمه المال ونفذت الحرية والا بقي عبداً وقيل ان قبل كانت كتابة يعتق اذا ادى والقولان لابن القاسم وتجوز الكتابة عند مالك على عمل محدود وتجوز عنده الكتابة المطلقة ويرد ان الى كتابة مثله كالحال في النكاح وتجوز الكتابة عنده على قيمة العبد أعني كتابة مثله في الزمان والثمن ومن هنا قيل انه تجوز عنده الكتابة الحالة واختلف هل من شرط هذا العقد ان يضع السيد من آخر انجم الكتابة شيئا عن المكاتب لاختلافهم في مفهوم قوله تعالى

(وآتوهم من مال الله الذى آتاكم) وذلك ان بعضهم رأى ان السادة هم المخاطبون بهذه الآية ورأى بعضهم انهم جماعة المسلمين ندبوا العون المكاتبين والذين رأوا ذلك اختلفوا هل ذلك على الوجوب او على الندب والذين قالوا بذلك اختلفوا في القدر الواجب فقال بعضهم ماينطلق عليه اسم شيء وبعضهم حده واما المكاتب ففيه مسائل احداها هل تجوز كتابة المراهق وهل يجمع في الكتابة الواحدة اكثر من عبد واحد وهل تجوز كتابة من يملك في العبد بعضه بغير اذن شريكه وهل تجوز كتابة من لايقدر على السعي وهل تجوز كتابة من فيه بقية رق فأما كتابة المراهق القوى على السعي الذى لم يبلغ الحلم فاجازها أبوحنيفة ومنعها الشافعى الا للبالغ وعن مالك القولان جميعا فعمدة من اشترط البلوغ تشبيهها بسائر العقود وعمدة من لم يشترطه أنه يجوز بين السيد وعبده مالايجوز بين الاجانب وان المقصود من ذلك انما هو القوة على السعي وذلك موجود في غير البالغ وأما هل يجمع في الكتابة الواحدة أكثر من عبد واحد فان العلماء اختلفوا في ذلك ثم اذا قلنا بالجمع فهل يكون بعضهم حملاء عن بعض بنفس الكتابة حتى لايعتق واحد منهم إلا بعتق جميعهم فيه أيضا خلاف فاما هل يجوز الجمع فان الجمهور على جواز ذلك ومنعه قوم وهو أحد قولى الشافعى وأما هل يكون بعضهم حملاء عن بعض فان فيه لمن أجاز الجمع ثلاثة أقوال فقالت طائفة ذلك واجب بمطلق عقد الكتابة أعنى حمالة بعضهم عن بعض وبه قال مالك وسفيان وقال آخرون لايلزمه ذلك بمطلق العقد ويلزم بالشرط وبه قال أبوحنيفة وأصحابه وقال الشافعى لايجوز ذلك لابالشرط ولا بمطلق العقد ويعتق كل واحد منهم اذا ادى قدر حصته فعمدة من منع الشركة مافى ذلك من الغرر لان قدر مايلزم واحداً واحداً من ذلك مجهول وعمدة من اجازه ان الغرر اليسير يستخف في الكتابة لانه بين السيد وعبده والعبد وماله لسيده واما مالك فحجته انه لما كانت الكتابة واحدة وجب ان يكون حكمهم كحكم الشخص الواحد وعمدة الشافعية ان حمالة بعضهم عن بعض لافرق بينها وبين حمالة الاجنبيين فمن رأى أن حمالة الاجنبيين فى الكتابة لاتجوز قال لاتجوز في هذا الموضع وانما منعوا حمالة الكتابة لانه اذا عجز المكاتب لم يكن للحميل شيء يرجع عليه وهذا كانه ليس يظهر فى حمالة العبيد بعضهم عن بعض انما الذى يظهر فى ذلك ان هذا الشرط هو سبب لان يعجز من يقدر على السعي بعجز من لا يقدر عليه فهو غرر خاص بالكتابة الا ان يقال أيضا ان الجمع يكون سببا لان يخرج حرا من لا يقدر من نفسه أن يسعى حتى يخرج حراً فهو كما يعود برق من يقدر على السعي كذلك يعود بحرية من لا يقدر على السعي وأما أبوحنيفة فشبهها بحمالة الاجنبى مع الاجنبى في

الحقوق التى تجوز فيها الحمالة فالزمها بالشرط ولم يلزمها بغير شرط وهومع هذا أيضا لايجيز حمالة الكتابة وأما العبد بين الشريكين فان العلماء اختلفوا هل لاحدهما أن يكاتب نصيبه دون اذن صاحبه فقال بعضهم ليس له ذلك والكتابة مفسوخة وما قبض منها هى بينهم على قدر حصصهم وقالت طائفة يجوز أن يكاتب الرجل نصيبه من عبده دون نصيب شريكه وفرقت فرقة فقالت يجوز باذن شريكه ولايجوز بغير اذن شريكه وبالقول الاول قال مالك وبالثانى قال ابن أبى ليلى وأحمد وبالثالث قال أبو حنيفة والشافعى فى أحد قوليه وله قول آخر مثل قول مالك وعمدة مالك أنه لوجاز ذلك لادى الى أن يعتق العبد كله بالتقويم على الذى كاتب حظه منه وذلك لايجوز الا فى تبعيض العتق ومن رأى أن له أن يكاتبه رأى ان عليه ان يتم عتقه اذا أدى الكتابة إذا كان موسرا فاحتجاج مالك هنا هو احتجاج باصل لايوافقه عليه الخصم لكن ليس يمنع من صحة الاصل أن لايوافقه عليه الخصم وأما اشتراط الاذن فضعيف وأبو حنيفة يرى فى كيفية أداء المال للمكاتب اذا كانت الكتابة عن اذن شريكه ان كل ماأدى للشريك الذى كاتبه يأخذ منه الشريك الثانى نصيبه و يرجع بالباقى على العبد فيسعى له فيه حتى يتم له ما كان كاتبه عليه وهذا فيه بعد عن الاصول . وأما هل تجوز مكاتبة من لايقدر على السعى فلا خلاف فيما أعلم بينهم ان من شرط المكاتب أن يكون قويا على السعى لقوله تعالى (ان علمتم فيهم خيراً) وقد اختلف العلماء ما الخير الذى اشترطه الله فى المكاتبين فى قوله ان علمتم فيهم خيرا فقال الشافعى الاكتساب والامانة وقال بعضهم المال والامانة وقال آخرون الصلاح والدين وأنكر بعض العلماء أن يكاتب من لاحرفة له مخافة السؤال وأجاز ذلك بعضهم لحديث بريرة انها كوتبت على ان تسأل الناس وكره مالك أن تكاتب الامة التى لا اكتساب لها بصناعة مخافة أن يكون ذلك ذريعة الى الزنا وأجاز مالك كتابة المدبرة وكل من فيه بقية رق الا أم الولد اذا ليس له عند مالك أن يستخدمها .

(القول في المكاتب)

وأما المكاتب فاتفقوا على أن من شرطه أن يكون مالكا صحيح الملك غير محجور عليه صحيح الجسم واختلفوا هل للمكاتب أن يكاتب عبده أم لا وسيأتى هذا فيما يجوز من أفعال المكاتب مما لايجوز ولم يجز مالك أن يكاتب العبد المأذون له فى التجارة لان الكتابة عتق ولايجوز له أن يعتق وكذلك لاتجوز كتابة من أحاط الدين بماله الا أن يجيز الغرماء ذلك اذا كان فى ثمن كتابته ان بيعت مثل ثمن رقبته وأما كتابة المريض فانها عنده فى الثلث توقف حتى يصح فتجوز أو يموت فتكون

من الثلث كالعتق سواء وقد قيل ان حابى كان كذلك وان لم يحاب سعى فان أدى وهو فى المرض عتق وتجوز عنده كتابة النصرانى المسلم ويباع عليه كما يباع عليه العبد المسلم عنده فهذه هى مشهورات المسائل التى تتعلق بالاركان أعنى المكاتب والمكاتب والكتابة وأما الاحكام فكثيرة وكذلك الشروط التى تجوز فيها من التى لا تجوز ويشبه أن تكون أجناس الاحكام الاولى في هذا العقد هو أن يقال متى يعتق المكاتب ومتى يعجز فيرق وكيف حاله ان مات قبل ان يعتق أو يرق ومن يدخل معه في حال الكتابة ممن لا يدخل وتميز مابقي عليه من حجر الرق مما لم يبق عليه فلنبدأ بذكر مسائل الاحكام المشهورة التى في جنس جنس من هذه الاجناس الخمسة .

﴿ الجنس الاول ﴾

فامامتى يخرج من الرق فانهم اتفقوا على انه يخرج من الرق اذا أدى جميع الكتابة واختلفوا اذا عجز عن البعض وقد أدى البعض فقال الجمهور هو عبد مابقي عليه من كتابته شيء وانه يرق اذا عجز عن البعض وروى عن السلف المتقدم سوى هذا القول الذى عليه الجمهور أقوال أربعة ، أحدها أن المكاتب يعتق بنفس الكتابة ، والثانى انه يعتق منه بقدر ماأدى ، والثالث انه يعتق ان أدى النصف فاكثر ، والرابع ان أدى الثلث ولا فهو عبد وعمدة الجمهور ماخرجه أبو داود عن عمر بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : أيما عبد كاتب على مائة أوقية فاداها الاعشرة أواق فهو عبد وأيما عبد كاتب على مائة دينار فاداها الا عشرة فهو عبد وعمدة من رأى انه يعتق بنفس عقد الكتابة تشبيهه اياها بالبيع فكان المكاتب اشترى نفسه من سيده فان عجز لم يكن له الا أن يتبعه بالمال كما لو افلس من اشتراه منه الى أجل وقد مات وعمدة من رأى انه يعتق منه بقدر ما ادى ما رواه يحيى بن كثير عن عكرمة عن ابن عباس ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : يؤدى المكاتب بقدر ما ادى دية حر وبقدر مارق منه دية عبد خرجه النسائى والخلاف فيه من قبل عكرمة كما ان الخلاف في احاديث عمرو بن شعيب من قبل انه روى من صحيفة وبهذا القول قال على أعنى بحديث ابن عباس وروى عن عمر بن الخطاب انه اذا أدى الشطر عتق وكان ابن مسعود يقول اذا أدى الثلث واقوال الصحابة وان لم تكن حجة فالظاهر ان التقدير اذا صدر منهم انه محمول على ان في ذلك سنة بلغتهم وفي المسئلة قول خامس اذا ادى الثلاثة الارباع عتق وبقى غريما في باقى المال وقد قيل ان أدى القيمة فهو غريم وهو قول عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت والاشهر عن عمر وأم سلمة هو مثل قول الجمهور وقول هؤلاء هو الذى اعتمده فقهاء الامصار

وذلك أنه صحت الرواية في ذلك عنهم صحة لا شك فيها روى ذلك مالك في موطئه وأيضاً فهو أحوط لأموال السادات ولأن في المبيعات يرجع في عين المبيع له اذا افلس المشترى .

﴿ الجنس الثانى ﴾

واما متى يرق فانهم اتفقوا على انه انما يرق اذا عجز اما عن البعض واما عن الكل بحسب ماقدمنا اختلافهم ، واختلفوا هل للعبد ان يعجز نفسه اذا شاء من غير سبب أم ليس له ذلك الا بسبب فقال الشافعى الكتابة عقد لازم في حق العبد وهي في حق السيد غير لازمة وقال مالك وأبو حنيفة الكتابة عقد لازم من الطرفين أى بين العبد والسيد وتحصيل مذهب مالك في ذلك ان العبد والسيد لايخلو ان يتفقا على التعجيز أو يختلفا ثم اذا اختلفا فاما ان يريد السيد التعجيز ويأباه العبد أو بالعكس أعنى ان يريد به السيد البقاء على الكتابة ويريد العبد التعجيز وأما اذا اتفقا على التعجيز فلا يخلو الامر من قسمين ، أحدهما ان يكون دخل في الكتابة ولد أو لايكون فان كان دخل ولد في الكتابة فلاخلاف عنده انه لايجوز التعجيز وان لم يكن له ولد ففى ذلك روايتان ، أحدهما انه لايجوز اذا كان له مال وبه قال أبو حنيفة والاخرى انه يجوز له ذلك فاما ان طلب العبد التعجيز وأبى السيد لم يكن ذلك للعبد ان كان معه مال أو كانت له قوة على السعى واما ان اراد السيد التعجيز وأباه العبد فانه لايجز عنده الا بحكم حاكم وذلك بعد ان يثبت السيد عند الحاكم انه لامال له ولا قدرة على الاداء ونرجع الى عمدادلتهم في اصل الخلاف في المسئلة فعمدة الشافعى مارواه ان بريرة جاءت الى عائشة تقول لها انى اريد ان تشتريني وتعتقيني فقالت لها ان اراد أهلك فجاءت أهلها فباعوها وهى مكاتبة خرجه البخارى وعمدة المالكية تشبيههم الكتابة بالعقود اللازمة ولان حكم العبد في هذا المعنى يجب ان يكون كحكم السيد وذلك ان العقود من شأنها ان يكون اللزوم فيها اوالخيار مستويا في الطرفين واما ان يكون لازما من طرف وغير لازم من الطرف الثانى فخارج عن الاصول وعللوا حديث بريرة بان الذى باع أهلها كانت كتابتها لارقبتها والحنفية تقول لما كان المغلب في الكتابة حق العبد وجب ان يكون العقد لازما فى حق الآخر المغلب عليه وهو السيد أصله النكاح لانه غير لازم في حق الزوج لمكان الطلاق الذى بيده وهو لازم في حق الزوجة والمالكية تعترض هذا بأن تقول انه عقد لازم فيما وقع به العوض اذكان ليس له ان يسترجع الصداق

(الجنس الثالث)

وأما حكمه اذا مات قبل أن يؤدى الكتابة فاتفقوا على أنه اذا مات دون ولد قبل أن يؤدى من الكتابة شيئا أنه يرق واختلفوا اذا مات عن ولد فقال مالك حكم ولده كحكمه فان ترك مالا فيه وفاء للكتابة أدوه وعتقوا وان لم يترك مالا وكانت لهم قوة على السعى بقوا على نجوم أبيهم حتى يعجزوا أو يعتقوا وان لم يكن عندهم لا مال ولا قدرة على السعى رقوا وانه ان فضل عن الكتابة شيء من ماله ورثوه على حكم ميراث الاحرار وأنه ليس يرثه الا ولده الذين هم فى الكتابة معه دون سواهم من وارثيه ان كان له وارث غير الولد الذى معه فى الكتابة وقال أبو حنيفة أنه يرثه بعد أداء كتابته من المال الذى ترك جميع أولاده الذين كاتب عليهم أو ولدوا فى الكتابة وأولاده الاحرار وسائر ورثته وقال الشافعى لا يرثه بنوه الاحرار ولا الذين كاتب عليهم أو ولدوا فى الكتابة وماله لسيده وعلى أولاده الذين كاتب عليهم ان يسعوا من الكتابة فى مقدار حظوظهم منها وتسقط حصة الاب عنهم وبسقوط حصة الاب عنهم قال أبو حنيفة وسائر الكوفيين والذين قالوا بسقوطها قال بعضهم تعتبر القيمة وهو قول الشافعى وقيل بالثمن وقيل حصته على مقدار الرؤس وانما قال هؤلاء بسقوط حصة الاب عن الابناء الذين كاتب عليهم لا الذين ولدوا له فى الكتابة لان من ولد له أولاد فى الكتابة فهم تبع لابيهم وعمدة مالك ان المكاتبين كتابة واحدة بعضهم حملاء عن بعض ولذلك من عتق منهم أو مات لم تسقط حصته عن الباقى وعمدة الفريق الثانى ان الكتابة لا تضمن وروى مالك عن عبد الملك بن مروان فى موطئه مثل قول الكوفيين ✡ وسبب اختلافهم ماذا يموت عليه المكاتب فعند مالك انه يموت مكاتبا وعند أبى حنيفة انه يموت حراً وعند الشافعى انه يموت عبداً وعلى هذه الاصول بنو الحكم فيه فعمدة الشافعية ان العبودية والحرية ليس بينهما وسط واذا مات المكاتب فليس حرا بعد لان حريته انما تجب بأداء كتابته وهو لم يؤدها بعد فقد بقى انه مات عبداً لانه لا يصح ان يعتق الميت وعمدة الحنفية ان العتق قد وقع بموته مع وجود المال الذى كاتب عليه لانه ليس له ان يرق نفسه والحرية يجب ان تكون حاصلة له بوجود المال لا يدفعه الى السيد وأما مالك فجعل موته على حالة متوسطة بين العبودية والحرية وهى الكتابة فمن حيث لم يورث أولاده الاحرار منه جعل له حكم العبيد ومن حيث لم يورث سيده ماله حكم له بحكم الاحرار والمسئلة فى حد الاجتهاد ومما يتعلق بهذا الجنس اختلافهم فى أم ولد المكاتب اذا مات المكاتب وترك بنين لا يقدرون على السعى وارادت الام

ان تسعى عليهم فقال مالك لها ذلك وقال الشافعي والكوفيون ليس لها ذلك وعمدتهم ان أم الولد اذا مات المكاتب مال من مال السيد وأما مالك فيرى ان حرمة الكتابة التي لسيدها صائرة اليها والى بنيها ولم يختلف قول مالك ان المكاتب اذا ترك بنين صغاراً لايستطيعون السعي وترك أم ولد لاتستطيع السعي انها تباع ويؤدى منها باقي الكتابة وعند أبي يوسف ومحمد بن الحسن انه لايجوز بيع المكاتب لام ولده ويجوز عند أبي حنيفة والشافعي واختلف أصحاب مالك في أم ولد المكاتب اذا مات المكاتب وترك بنين ووفاء كتابته هل تعتق أم ولده أم لا فقال ابن القاسم اذا كان معها ولد عتقت والا رقت وقال أشهب يعتق على كل حال وعلى أصل الشافعي كل ما ترك المكاتب مال من مال سيده لاينتفع به البنون في أداء ماعليهم من كتابته كانو معه في عقد الكتابة أو كانوا ولدوا في الكتابة وانما عليهم السعي وعلى أصل أبي حنيفة يكون حراً ولابد ومذهب ابن القاسم كانه استحسان .

الجنس الرابع

وهو النظر فيمن يدخل معه في عقد الكتابة ومن لا يدخل واتفقوا من هذا الباب على ان ولد المكاتب لايدخل في كتابة المكاتب الا بالشرط لانه عبد آخر لسيده وكذلك اتفقوا على دخول ماولد له في الكتابة فيها واختلفوا في أم الولد على ماتقدم وكذلك اختلفوا في دخول ماله أيضا بمطلق العقد فقال مالك يدخل ماله في الكتابة وقال الشافعي وأبو حنيفة لايدخل وقال الأوزاعي يدخل بالشرط أعني اذا اشترطه المكاتب وهذه المسئلة مبنية على هل يملك أم لا يملك وعلى هل يتبعه ماله في العتق أم لا وقد تقدم ذلك .

الجنس الخامس

وهو النظر فيما يحجر فيه على المكاتب مما لايحجر ومابقي من أحكام العبد فيه فنقول أنه قد أجمع العلماء من هذا الباب على أنه ليس للمكاتب أن يهب من ماله شيئاً له قدر ولا يعتق ولايتصدق بغير اذن سيده فانه محجور عليه في هذه الامور وأشباهها أعني أنه ليس له أن يخرج من يده شيئا من غير عوض واختلفوا من هذا الباب في فروع منها أنه اذا لم يعلم السيد بهبته أو بعتقه الا بعد أداء كتابته فقال مالك وجماعة من العلماء ان ذلك نافذ ومنعه بعضهم وعمدة من منعه ان ذلك وقع في حالة لايجوز وقوعه فيها فكان فاسدا وعمدة من أجازه ان السبب المانع من ذلك

قد ارتفع وهو مخافة ان يعجز العبد ☆ وسبب اختلافهم هل اذن السيد من شرط لزوم العقد أو من شرط صحته فمن قال من شرط الصحة لم يجزه وان عتق ومن قال من شرط لزومه قال يجوز اذا عتق لانه وقع عقداً صحيحا فلما ارتفع الاذن المرتقب فيه صح العقد كما لو أذن هذا كله عند من أجاز عتقه اذا اذن السيد فان الناس اختلفوا أيضا في ذلك بعد اتفاقهم على أنه لا يجوز عتقه اذا لم يأذن السيد فقال قوم ذلك جائز وقال قوم لا يجوز وبه قال أبو حنيفة وبالجواز قال مالك وعن الشافعي في ذلك القولان جميعا والذين أجازوا ذلك اختلفوا في ولاء المعتق لمن يكون فقال مالك ان مات المكاتب قبل أن يعتق كان ولاء عبده لسيده وان مات وقد عتق المكاتب كان ولاؤه له وقال قوم من هؤلاء على كل حال لسيده. وعمدة من لم يجز عتق المكاتب ان الولاء يكون للمعتق لقوله عليه السلام انما الولاء لمن أعتق ولا ولاء للمكاتب في حين كتابته فلم يصح عتقه وعمدة من رأى أن الولاء للسيد ان عبد عبده بمنزلة عبده ومن فرق بين ذلك فهو استحسان ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب ان ينكح أو يسافر بغير اذن سيده فقال جمهورهم ليس له ان ينكح الا باذن سيده واباح بعضهم النكاح له وأما السفر فاباحه له جمهورهم ومنعه بعضهم وبه قال مالك وأباحه سحنون من أصحاب مالك ولم يجز للسيد ان يشترطه على المكاتب وأجازه ابن القاسم في السفر القريب والعلة في منع النكاح انه يخاف ان يكون ذلك ذريعة الى عجزه والعلة في جواز السفر أن به يقوى على التكسب في أداء كتابته وبالجملة فللعلماء في هذه المسئلة ثلاثة أقوال ، أحدها ان للمكاتب ان يسافر باذن سيده وبغير اذنه ولايجوز أن يشترط عليه ان لايسافر وبه قال أبوحنيفة والشافعي والقول الثاني انه ليس له أن يسافر الا باذن سيده وبه قال مالك والثالث ان بمطلق عقد الكتابة له أن يسافر الا أن يشترط عليه سيده ان لايسافر وبه قال أحمد والثوري وغيرهما ومن هذا الباب اختلافهم في هل للمكاتب ان يكاتب عبداً له فاجاز ذلك مالك مالم يرد به المحاباة وبه قال أبو حنيفة والثوري وللشافعي قولان ، أحدهما اثبات الكتابة والآخر أبطالها وعمدة الجماعة انها عقد معاوضة المقصود منه طلب الربح فأشبه سائر العقود المباحة من البيع والشراء وعمدة الشافعية ان الولاء لمن أعتق ولا ولاء للمكاتب لأنه ليس بحر واتفقوا على أنه لايجوز للسيد انتزاع شيء من ماله ولا الانتفاع منه بشيء واختلفوا في وطء السيد أمته المكاتبة فصار الجمهور الى منع ذلك وقال أحمد وداود وسعيد بن المسيب من التابعين ذلك جائز اذا اشترطه عليها وعمدة الجمهور أنه وطء تقع الفرقة فيه الى أجل آت فاشبه النكاح الى أجل وعمدة

الفريق الثاني تشبيهها بالمدبرة وأجمعوا على أنها ان عجزت حل وطؤها واختلف الذين منعوا ذلك اذا وطئها هل عليه حد أم لا فقال جمهورهم لاحد عليه لانه وطء بشبهة وقال بعضهم عليه الحد واختلفوا فى ايجاب الصداق لها والعلماء فيما أعلم على أنه في أحكامه الشرعية على حكم العبد مثل الطلاق والشهادة والحد وغير ذلك ممـا يختص به العبيد ومن هذا الباب اختلافهم في بيعه فقال الجمهور لا يباع المكاتب الا بشرط أن يبقى على كتابته عند مشتريه وقال بعضهم بيعه جائز ما لم يؤد شيئا من كتابته لان بريرة بيعت ولم تكن أدت من كتابتها شيئا وقال بعضهم اذا رضى المكاتب بالبيع جازوهو قول الشافعى لان الكتابة عنده ليست بعقد لازم في حق العبدواحتج بحديث بريرة اذا بيعت وهي مكاتبة وعمدة من لم يجزبيع المكاتب مافى ذلك من نقض العهد وقد أمر الله تعالى بالوفاء به وهذه المسئلة مبنية على هل الكتابة عقد لازم أم لا وكذلك اختلفوا في بيع الكتابة فقال الشافعى وأبو حنيفة لا يجوز ذلك وأجازها مالك ورأى الشفعة فيها للمكاتب ومن أجاز ذلك شبه بيعها ببيع الدين ومن لم يجز ذلك رآه من باب الغرر وكذلك شبه مالك الشفعة فيها بالشفعة في الدين وفي ذلك أثر عن النبى صلى الله عليه وسلم :أعنى في الشفعة في الدين ومذهب مالك فى بيع الكتابة انها أن كانت بذهب انها تجوز وبعرض معجل لامؤجل لمـا يدخل من الدين بالدين وان كانت الكتابة بعرض كان شراؤها بذهب أو فضة معجلين اوبعرض مخالف واذا اعتق فولاؤه للمكاتب لاللمشترى ومن هذا الباب اختلافهم هل للسيدان يجبر عبده على الكتابة أم لا .

واما شروط الكتابة فمنها شرعية هى من شروط صحة العقد وقد تقدمت عنـدذكر أركان الكتابة ومنهاشروط بحسب التراضى وهذه الشروط منهامايفسدالعقد ومنهاما اذا تمسك بها افسدت العقد واذا تركت صح العقد ومنها شروط جائزة غير لازمة ومنها شروط جائزة لازمة وهذه كلها هى مبسوطة في كتب الفروع وليس كتابنا هذا كتاب فروع وانما هو كتاب اصول والشروط التى تفسد العقد بالجملة هى الشروط التى هى ضد شروط الصحة المشروعة في العقد والشروط الجـائزة هى التى لاتؤدى الى اخلال بالشروط المصححة للعـقد ولا تلازمها فهـذه الجملة ليس يختلف الفقهاء فيها وانما يختلفون في الشروط لاختلافهم فيما هو منها شرط من شروط الصحة او ليس منها وهذا يختلف بحسب القرب والبعد من اخلالها بشروط الصحة ولذلك جعل مالك جلسا ثالثا من الشروط وهى الشروط التى ان تمسك بها المشترط فسد العقد وان لم يتمسك بها جازوهذا ينبغى انتفهمه في سائر العقود الشرعية فمن مسائلهم المشهورة فى هذا

الباب اذا اشترط في الكتابة شرطا من خدمة أو سفر او نحوه وقوى على اداء نجومه قبل محل أجل الكتابة هل يعتق أم لا فقال مالك وجماعة ذلك الشرط باطل ويعتق اذا أدى جميع المال وقالت طائفة لا يعتق حتى يؤدى جميع المال ويأتى بذلك الشرط وهو مروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه اعتق رقيق الامارة وشرط عليهم أن يخدموا الخليفة بعد ثلاث سنين ولم يختلفوا ان العبد اذا أعتقه سيده على أن يخدمه سنين انه لا يتم عتقه الا بخدمة تلك السنين ولذلك القياس قول من قال ان الشرط لازم فهذه المسائل الواقعة المشهورة في أصول هذا الكتاب وههنا مسائل تذكر فى هذا الكتاب وهى من كتب أخر وذلك انها اذا ذكرت في هذا الكتاب ذكرت على انها فروع تابعة للاصول فيه واذا ذكرت في غيره ذكرت على أنها أصول ولذلك كان الاولى ذكرها في هذا الكتاب فمن ذلك اختلافهم اذا زوج السيد بنته من مكاتبته ثم مات السيد وورثته البنت فقال مالك والشافعى ينفسخ النكاح لأنها ملكت جزءا منه وملك يمين المرأة محرم عليها باجماع وقال أبو حنيفة يصح النكاح لان الذى ورثت انما هو مال في ذمة المكاتب لا رقبة المكاتب وهذه المسئلة هى أحق بكتاب النكاح ومن هذا الباب اختلافهم اذا مات المكاتب وعليه دين وبعض الكتابة هل يحاص سيده الغرماء أم لا فقال الجمهور لا يحاص الغرماء وقال شريح وابن أبى ليلى وجماعة يضرب السيد مع الغرماء وكذلك اختلفوا اذا افلس وعليه دين يفترق ما بيده هل يتعدى ذلك الى رقبته فقال مالك والشافعى وابى حنيفة لا سبيل لهم الى رقبة وقال الثورى واحمد يأخذونه الا ان يفتكه السيد واتفقوا على انه اذا عجز عن عقل الجنايات انه يسلم فيها الا ان يعقل عنه سيده والقول في هل يحاص سيده الغرماء اولا يحاص هو من كتاب التفليس والقول في جنايته وهو من باب الجنايات ومن مسائل الاقضية التى هى فروع فى هذا الباب واصل في باب الاقضية اختلافهم في الحكم عند اختلاف السيد والمكاتب فى مال الكتابة فقال مالك وابو حنيفة القول قول المكاتب وقال الشافعى ومحمد وابو يوسف يتحالفان ويتفاسخان قياسا على المتبايعين وفروع هذا الباب كثيرة لكن الذى حضر منها الآن في الذكر هو ما ذكرناه ومن وقعت له من هذا الباب مسائل مشهورة الخلاف بين فقهاء الامصار وهى قريبة من المسموع فينبغى ان تثبت في هذا الموضع اذ كان القصد انما هو اثبات المسائل المشهورة التى وقع الخلاف فيها بين فقهاء الامصار مع المسائل المنطوق بها في الشرع وذلك ان قصدنا في الكتاب كما قلنا غير مامرة انما هو ان نثبت المسائل المنطوق بها في الشرع المتفق عليها والمختلف فيها ونذكر من المسائل المسكوت عنها التى شهر الخلاف فيها بين فقهاء الامصار

فان معرفة هذين الصنفين من المسائل هى التى تجرى للمجتهد مجرى الاصول في المسكوت عنها وفي النوازل التي لم يشتهر الخلاف بين فقهاء الامصار سواء نقل فيها مذهب عن واحد منهم أو لم ينقل ويشبه ان يكون من تدرب في هذه المسائل وفهم أصول الاسباب التى أوجبت خلاف الفقهاء فيها أن يقول مايجب في نازلة نازلة من النوازل أعنى أن يكون الجواب فيها على مذهب فقيه فقيه من فقهاء الامصار اعنى في المسئلة الواحدة بعينها ويعلم حيث خالف ذلك الفقيه أصله وحيث لم يخالف وذلك اذا نقل عنه في ذلك فتوى فاما اذا لم ينقل عنه فى ذلك فتوى أو لم يبلغ ذلك الناظر في هذه الاصول فيمكنه أن يأتى بالجواب بحسب أصول الفقيه الذي يفتى على مذهبه وبحسب الحق الذى يؤديه اليه اجتهاده ونحن نروم ان شاء الله بعد فراغنا من هذا الكتاب ان نضع في مذهب مالك كتابا جامعا لاصول مذهبه ومسائله المشهورة التى تجرى في مذهبه مجرى الاصول للتفريع عليها وهذا هو الذى عمله ابن القاسم في المدونة فانه جاوب فيما لم يكن عنده فيها قول مالك على قياس ما كان عنده في ذلك الجنس من مسائل مالك التى هى فيها جارية مجرى الاصول لما جبل عليه الناس من الاتباع والتقليد في الاحكام والفتوى بيد أن فى قوة هذا الكتاب ان يبلغ به الانسان كما قلنا رتبة الاجتهاد اذا تقدم فعلم من اللغة والعربية وعلم من أصول الفقه مايكفيه في ذلك ولذلك رأينا ان أخص الاسماء بهذا الكتاب ان نسميه كتاب « بداية المجتهد وكفاية المقتصد » .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

☆(كتاب التدبير)☆

والنظر فى التدبير في أركانه وفي أحكامه . أما الاركان فهى أربعة المعنى . واللفظ والمدبر . والمدبر . وأما الاحكام فصنفان احكام العقد وأحكام المدبر .

﴿ الركن الاول ﴾

فنقول أجمع المسلمون على جواز التدبير وهو أن يقول السيد لعبده أنت حر عن دبر منى أو يطلق فيقول أنت مدبر وهذان هما عندهم لفظا التدبير باتفاق والناس في التدبير والوصية على

صنفين منهم من لم يفرق بينهما ومنهم من فرق بين التدبير والوصية بأن يجعل التدبير لازما والوصية غير لازمة والذين فرقوا بينهما اختلفوا في مطلق لفظ الحرية بعد الموت هل يتضمن معنى الوصية أو حكم التدبير أعنى اذا قال أنت حر بعد موتى فقال مالك اذا قال وهو صحيح أنت حر بعد موتى فالظاهر أنه وصية والقول قوله في ذلك ويجوز رجوعه فيها الا أن يريد التدبير وقال أبو حنيفة الظاهر من هذا القول التدبير وليس له ان يرجع فيه وبقول مالك قال ابن القاسم وبقول أبى حنيفة قال أشهب قال الا ان يكون هنالك قرينة تدل على الوصية مثل أن يكون على سفر أو يكون مريضا وما أشبه ذلك من الاحوال التى جرت العادة أن يكتب الناس فيها وصاياهم فعلى قول من لا يفرق بين الوصية والتدبير وهو الشافعى ومن قال بقوله هذا اللفظ هو من الفاظ صريح التدبير . وأما على مذهب من يفرق فهو اما من كنايات التدبير وأما ليس من كناياته ولا من صريحه وذلك أن من يحمله على الوصية فليس هو عنده لا من كناياته ولا من صريحه ومن يحمله على التدبير وينويه في الوصية فهو عنده من كناياته . وأما المدبر فانهم اتفقوا على أن الذى يقبل هذا العقد هو كل عبد صحيح العبودية ليس يعتق على سيده سواء ملك كله أو بعضه. واختلفوا في حكم من ملك بعضا فدبره فقال مالك يجوز ذلك وللذى لم يدبر حظه خياران . أحدهما ان يتقاوماه فان اشتراه الذى دبره كان مدبرا كله وان لم يشتره انتقض التدبير ، والخيار الثانى أن يقومه عليه الشريك وقال أبو حنيفة للشريك الذى لم يدبر ثلاث خيارات ان شاء استمسك بحصته وان شاء استسعى العبد في قيمة الحصة التى له فيه وان شاء قومها على شريكه ان كان موسراً وان كان معسرا استسعى العبد وقال الشافعى يجوز التدبير ولا يلزم شيء من هذا كله ويبقى العبد المدبر نصفه أو ثلثه على ماهو عليه فاذا مات مدبره عتق منه ذلك الجزء ولم يقوم الجزء الباقى منه على السيد على مايفعل في سنة العتق لان المال قد صار لغيره وهم الورثة وهذه المسئلة هى من الاحكام لا من الاركان اعنى احكام المدبر فلتثبت في الاحكام وأما المدبر فاتفقوا على ان من شروطه أن يكون مالكا تام الملك غير محجور عليه سواء كان صحيحا أو مريضا وان من شرطه ان لا يكون ممن أحاط الدين بماله لأنهم اتفقوا على أن الدين يبطل التدبير. واختلفوا في تدبير السفيه فهذه هى اركان هذا الباب . وأما أحكامه فأصولها راجعة الى اجناس خمسة : أحدها ماذا يخرج المدبر هل من رأس المال او الثلث ، والثانى مايبقى فيه من أحكام الرق مما ليس يبقى فيه أعنى مادام مدبرا ، والثالث مايتبعه فى الحرية مما

ليس يتبعه . والرابع مبطلات التدبير الطارئة عليه . والخامس في أحكام تبعيض التدبير .

(الجنس الاول)

فاما مما ذا يخرج المدبر اذا مات المدبر فان العلماء اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور الى أنه يخرج من الثلث وقالت طائفة هو من رأس المال معظمهم أهل الظاهر فمن رأى أنه من الثلث شبهه بالوصية لانه حكم يقع بعد الموت وقد روى حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : المدبر من الثلث الا أنه أثر ضعيف عند أهل الحديث لانه رواه على بن ظبيان عن نافع عن عبد الله بن عمر وعلى بن ظبيان متروك الحديث عند أهل الحديث ومن رآه من رأس المال شبهه بالشيء يخرجه الانسان من ماله في حياته فأشبه الهبة . واختلف القائلون بانه من الثلث في فروع وهو اذا دبر الرجل غلاما له في صحته وأعتق في مرضه الذي مات منه غلاما آخر فضاق الثلث عن الجمع بينهما فقال مالك يقدم المدبر لانه كان فى الصحة وقال الشافعي يقدم المعتق المبتل لانه لايجوز له رده ومن أصله انه يجوز عنده رد التدبير وهذه المسئلة هي أحق بكتاب الوصايا.

(وأما الجنس الثانى)

فأشهر مسئلة فيه هى هل للمدبر ان يبيع المدبر أم لا فقال مالك وأبوحنيفة وجماعة من أهل الكوفة ليس للسيد أن يبيع مدبره وقال الشافعي وأحمد وأهل الظاهر وأبو ثور له ان يرجع فيبيع مدبره وقال الاوزاعى لايباع الامن رجل يريد عتقه واختلف أبوحنيفة ومالك من هذه المسئلة في فروع وهو اذا بيع فاعتقه المشترى فقال مالك ينفذ العتق وقال ابوحنيفة والكوفيون البيع مفسوخ سواء اعتقه المشترى أو لم يعتقه وهو أقيس من جهة انه ممنوع عبادة فعمدة من أجاز بيعه ماثبت من حديث جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم باع مدبراً وربما شبهوه بالوصية وأما عمدة المالكية فعموم قوله تعالى « ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » لانه عتق الى أجل فاشبه أم الولد أو أشبه العتق المطلق فكان سبب الاختلاف هنا معارضة القياس للنص أو العموم للخصوص ولاخلاف بينهم ان المدبر احكامه في حدوده وطلاقه وشهادته وسائر احكامه احكام العبيد . واختلفوا من هذ الباب في جواز وطء المدبرة فجمهور

العلماء على جواز وطئها وروى عن ابن شهاب منع ذلك وعن الاوزاعى كراهية ذلك اذا لم يكن وطئها قبل التدبير وعمدة الجمهور تشبيهها بام الولد ومن لم يجز ذلك شبهها بالمعتقة الى اجل ومن منع وطأ المعتقه الى اجل شبهها بالمنكوحة الى اجل وهى المتعة واتفقوا على ان للسيد في المدبر الخدمة ولسيده ان ينتزع ماله منه متى شاء كالحال في العبد قال مالك الا ان يمرض مرضا مخوفا فيكره له ذلك .

(الجنس الثالث)

فأما مايتبعه في التدبير مما لايتبعه فان من مسائلهم المشهورة في هذا الباب اختلافهم في ولد المدبرة الذين تلدهم بعد تدبير سيدها من نكاح او زنا فقال الجمهور ولدها بعد تدبيرها بمنزلتها يعتقون بعتقها ويرقون برقها وقال الشافعى في قوله المختار عند اصحابه انهم لايعتقون بعتقها . واجمعوا على انه اذا اعتقها سيدها في حياته انهم يعتقون بعتقها وعمدة الشافعية انهم اذا لم يعتقوا في العتق المنجز فأحرى ان لايعتقوا في العتق المؤجل بالشرط واحتج ايضا باجماعهم على ان الموصى لها بالعتق لايدخل فيه بنوها والجمهور رأوا أن التدبير حرمة مافأوجبوا أتباع الولد تشبيها بالكتابة وقول الجمهور مروى عن عثمان وابن مسعود وابن عمر وقول الشافعى مروى عن عمر بن عبد العزيز وعطاء بن أبى رباح ومكحول . وتحصيل مذهب مالك فى هذا ان كل امرأة فولدها تبع لها ان كانت حرة فحر وان كانت مكاتبة فمكاتب وان كانت مدبرة فمدبر أو معتقة الى أجل فمعتق الى أجل وكذلك أم الولد ولدها بمنزلتها وخالف في ذلك أهل الظاهر وكذلك المعتق بعضه عند مالك . وأجمع العلماء على ان كل ولد من تزويج فهو تابع لامه في الرق والحرية وما بينهما من العقود المفضية الى الحرية الا ما اختلفوا فيه من التدبير ومن أمة زوجها عربى وأجمعوا على ان كل ولد من ملك يمين انه تابع لابيه ان حراً فحراً وان عبداً فعبداً وان مكاتباً فمكاتباً . واختلفوا فى المدبر اذا تسرى فولد له فقال مالك حكمه حكم الاب يعنى انه مدبر وقال الشافعى وأبوحنيفة ليس يتبعه ولد في التدبير وعمدة مالك الاجماع على أن الولد من ملك اليمين تابع للاب ماعدا المدبر وهو من باب قياس موضع الخلاف على موضع الاجماع وعمدة الشافعية ان ولد المدبر مال من ماله ومال المدبر للسيد انتزاعه منه وليس يسلم له انه مال من ماله ويتبعه في الحرية ماله عند مالك .

﴿ الجنس الرابع ﴾

وأما النظر في تبعيض التدبير فقد قلنا فيمن دبر حظا له في عبده دون ان يدبر شريكه ونقله الى هذا الموضع أولى فينقل اليه . واما من دبر جزأ من عبد هو له كله فانه يقضى عليه بتدبير الكل قياسا على من بعض العتق عند مالك .

(وأما الجنس الخامس وهو مبطلات التدبير)

فمن هذا الباب اختلافهم في ابطال الدين للتدبير فقال مالك والشافعي الدين يبطله وقال ابو حنيفة ليس يبطله ويسعى في الدين وسواء كان الدين مستغرقا للقيمة أو لبعضها ومن هذا الباب اختلافهم في النصراني يدبر عبداً له نصرانيا فيسلم العبد قبل موت سيده فقال الشافعي يباع عليه ساعة يسلم ويبطل تدبيره وقال مالك يحال بينه وبين سيده ويخارج على سيده النصراني ولا يباع عليه حتى يبين أمر سيده فان مات عتق المدبر مالم يكن عليه دين يحيط بماله وقال الكوفيون اذا أسلم مدبر النصراني قوم وسعى العبد في قيمته . ومدبر الصحة يقدم عند مالك على مدبر المرض اذا ضاق الثلث عنهما .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب أمهات الاولاد)

وأصول هذا الباب النظر في هل تباع أم الولد ام لا وان كانت لاتباع فمتى تكون أم ولد وبماذا تكون أم ولد ولا يبقى فيها لسيدها من أحكام العبودية ومتى تكون حرة :

(أما المسئلة الاولى) فان العلماء اختلفوا فيها سلفهم وخلفهم فالثابت عن عمر رضى الله عنه أنه قضى بأنها لاتباع وانها حرة من رأس مال سيدها اذا مات وروى مثل ذلك عن عثمان وهو قول اكثر التابعين وجمهور فقهاء الامصار وكان أبوبكر الصديق وعلى رضوان الله عليهما وابن عباس وابن الزبير وجابر بن عبد الله وأبو سعيد الخدرى

يجيزون بيع أم الولد وبه قالت الظاهرية من فقهاء الامصار وجابر وأبو سعيد كنا نبيع أمهات الاولاد والنبي عليه الصلاة والسلام فينا لا يرى بذلك بأسا واحتجوا بما روى عن جابر انه قال كنا نبيع أمهات الاولاد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وصدراً من خلافة عمر ثم نهانا عمر عن بيعهن ومما اعتمد عليه أهل الظاهر في هذه المسئلة النوع من الاستدلال الذي يعرف باستصحاب حال الاجماع وذلك أنهم قالوا لما انعقد الاجماع على أنها مملوكة قبل الولادة وجب أن تكون كذلك بعد الولادة الى أن يدل الدليل على غير ذلك وقد تبين في كتب الاصول قوة هذا الاستدلال وانه لايصح عند من يقول بالقياس وانما يكون ذلك دليلا بحسب رأى من ينكر القياس وربما احتج الجمهور عليهم بمثل احتجاجهم وهو الذي يعرفونه بمقابلة الدعوى بالدعوى وذلك أنهم يقولون أليس تعرفون ان الاجماع قد انعقد على منع بيعها في حال حملها فاذا كان ذلك وجب أن يستصحب حال هذا الاجماع بعد وضع الحمل الا أن المتأخرين من أهل الظاهر أحدثوا في هذا الاصل نقضا وذلك أنهم لا يسلمون منع بيعها حاملا ومما اعتمده الجمهور في هذا الباب من الاثر ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال في مارية سريته لما ولدت ابراهيم : اعتقها ولدها ومن ذلك حديث ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ايما امرأة ولدت من سيدها فانها حرة اذا مات وكلا الحديثين لا يثبت عند أهل الحديث حكى ذلك أبو عمر بن عبد البر رحمه الله وهو من أهل هذا الشأن وربما قالوا أيضا من طريق المعنى انها قد وجبت لها حرمة وهو اتصال الولد بها وكونه بعضا منها وحكوا هذا التعليل عن عمر رضى الله عنه حين رأى أن لايبعن فقال خالطت لحومنا لحومهن ودماؤنا دماءهن واما متى تكون أم ولد فانهم اتفقوا على أنها تكون أم ولد اذا ملكها قبل حملها منه. واختلفوا اذا ملكها وهى حامل منه اوبعد أن ولدت منه فقال مالك لاتكون ام ولد اذا ولدت منه قبل أن يملكها ثم ملكها وولدها وقال أبو حنيفة تكون أم ولد واختلف قول مالك اذا ملكها وهى حامل والقياس أن تكون أم ولد في جميع الاحوال اذ كان ليس من مكارم الاخلاق أن يبيع المرء أم ولده وقد قال عليه الصلاة والسلام : بعثت لاتمم مكارم الاخلاق . وأما بماذا تكون أم ولد فان مالكا قال كل ما وضعت مما يعلم أنه ولد كانت مضغة أو علقة وقال الشافعى لا بد أن يؤثر في ذلك شيء مثل الخلقة والتخطيط واختلافهم راجع الى ما ينطلق عليه اسم الولادة أو ما يتحقق أنه مولود . وأما مايبقى فيها من أحكام العبودية فانهم اتفقوا على أنها في شهادتها وحدودها وديتها وأرش جراحها

كالأمة وجمهور من منع بيعها ليس يرون ههنا سببا طارئا عليها يوجب بيعها الا ما روى عن عمر بن الخطاب أنها اذا زنت رقت. واختلف قول مالك والشافعي هل لسيدها استخدامها طول حياته واغتلاله اياها فقال مالك ليس له ذلك وانما له فيها الوطء فقط وقال الشافعي له ذلك وعمدة مالك انه لما لم يملك رقبتها بالبيع لم يملك استجارتها الا انه يرى ان اجارة بنيها من غيره جائزة لان حرمتهم عنده أضعف وعمدة الشافعي انعقاد الاجماع على أنه يجوز له وطؤها ✲ فسبب الخلاف تردد اجارتها بين اصلين احدها وطؤها ، والثاني بيعها فيجب ان يرجح اقوى الاصلين شبها . وأما متى تكون حرة فانه لاخلاف بينهم ان آن ذلك الوقت هو اذا مات السيد . ولا أعلم الآن أحدا قال تعتق من الثلث وقياسها على المدبر ضعيف على قول من يقول ان المدبر يعتق من الثلث .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الجنايات ﴾

والجنايات التي لها حدود مشروعة اربع جنايات على الابدان والنفوس والاعضاء وهو المسمى قتلا وجرحا . وجنايات على الفروج وهو المسمى زنا وسفاحا . وجنايات على الاموال وهذه ما كان منها مأخوذاً بحرب سمي حرابة اذا كان بغير تأويل وان كان بتأويل سمي بغيا وماخوذا على وجه المغافصة من حرز يسمى سرقة وما كان منها بعلو مرتبة وقوة سلطان سمي غصبا . وجنايات على الاعراض وهو المسمى قذفا. وجنايات بالتعدي على استباحة ما حرمه الشرع من المأكول والمشروب وهذه انما يوجد فيها حد في هذه الشريعة في الخمر فقط وهو حد متفق عليه بعد صاحب الشرع صلوات الله عليه فلنبتدىء منها بالحدود التي في الدماء فنقول ان الواجب في اتلاف النفوس والجوارح هو إما قصاص وإما مال وهو الذي يسمى الدية فاذا النظر أولا في هذا الكتاب ينقسم إلى قسمين النظر في القصاص والنظر في الدية والنظر في القصاص ينقسم الى القصاص في النفوس وإلى القصاص في الجوارح والنظر أيضا في الديات ينقسم الى النظر في ديات النفوس والى النظر في ديات قطع الجوارح والجراح فينقسم اولا هذا الكتاب إلى كتابين أولهما يرسم عليه كتاب القصاص والثاني يرسم عليه كتاب الديات .

كتاب القصاص

وهذا الكتاب ينقسم الى قسمين الاول النظر في القصاص في النفوس والثاني النظر في القصاص في الجوارح فلنبدأ من القصاص في النفوس .

كتاب القصاص في النفوس

والنظر أولا في هذا الكتاب ينقسم الى قسمين الى النظر في الموجب أعني الموجب للقصاص ، والى النظر في الواجب أعني القصاص وفي ابداله ان كان له بدل فلنبدأ أولا بالنظر في الموجب والنظر في الموجب يرجع الى النظر في صفة القتل والقاتل الذي يجب بمجموعها والمقتول القصاص فانه ليس أي قاتل اتفق يقتص منه ولا بأي قتل اتفق ولا من أي مقتول اتفق بل من قاتل محدود وبقتل محدود ومقتول محدود اذ كان المطلوب في هذا الباب انما هو العدل فلنبدأ من النظر في القاتل ثم في القتل ثم في المقتول .

القول في شروط القاتل

فنقول انهم اتفقوا على أن القاتل الذي يقاد منه يشترط فيه باتفاق أن يكون عاقلا بالغا مختاراً للقتل مباشراً غير مشارك له فيه غيره .واختلفوا في المكره والمكره وبالجملة الآمر والمباشر فقال مالك والشافعي والثوري وأحمد وأبو ثور وجماعة القتل على المباشر دون الآمر ويعاقب الآمر وقالت طائفة يقتلان جميعا وهذا اذا لم يكن هنالك اكراه ولا سلطان للآمر على المأمور وأما اذا كان للآمر سلطان على المأمور أعني المباشر فانهم اختلفوا في ذلك على ثلاثة أقوال فقال قوم يقتل الآمر دون المأمور ويعاقب المأمور وبه قال داود وأبو حنيفة وهو أحد قولي الشافعي وقال قوم يقتل المأمور دون الآمر وهو أحد قولي الشافعي وقال قوم يقتلان جميعاً وبه قال مالك فمن لم يوجب حداً على المأمور اعتبر تأثير الاكراه في إسقاط كثير من الواجبات في الشرع لكون المكره يشبه من لا اختيار له ومن رأى عليه القتل غلب عليه حكم الاختيار وذلك ان المكره يشبه من جهة المختار ويشبه من جهة المضطر المغلوب مثل الذي يسقط من علو والذي تحمله الريح من موضع الى موضع ومن رأى قتلهم جميعا لم يعذر المأمور بالاكراه ولا الآمر بعدم المباشرة ومن راى قتل الآمر

فقط شبه المأمور بالآلة التى لاتنطق ومن رأى الحد على غير المباشر اعتمد أنه ليس ينطلق عليه اسم قاتل الا بالاستعارة وقد اعتمدت المالكية في قتل المكره على القتل بالقتل باجماعهم على أنه لو أشرف على الهلاك من مخمصة لم يكن له أن يقتل انسانا فيأكله وأما المشارك للقاتل عمدا في القتل فقد يكون القتل عمداً وخطأ وقد يكون القاتل مكلفا وغير مكلف وسنذكر العمد عند قتل الجماعة بالواحد وأما اذا اشترك في القتل عامد ومخطىء أو مكلف وغير مكلف مثل عامد وصبي أو مجنون أو حر وعبد في قتل عبد عند من لايقيد من الحر بالعبد فان العلماء اختلفوا في ذلك فقال مالك والشافعي على العامد القصاص وعلى المخطىء والصبي نصف الدية الا ان مالكا يجعله على العاقلة والشافعي في ماله على ماياتي وكذلك قالا في الحر والعبد يقتلان العبد عمداأن العبد يقتل وعلى الحر نصف القيمة وكذلك الحال في المسلم والذمى يقتلان جميعاً وقال أبو حنيفة اذا اشترك من يجب عليه القصاص مع من لايجب عليه القصاص فلا قصاص على واحد منهما وعليهما الدية وعمدة الحنفية ان هذه شبهة فان القتل لايتبعض وممكن أن تكون افاتة نفسه من فعل الذى لاقصاص عليه كامكان ذلك ممن عليه القصاص وقد قال عليه الصلاة والسلام : ادرؤا الحدود بالشبهات واذا لم يكن الدم وجب بدله وهو الدية وعمدة الفريق الثانى النظر الى المصلحة التى تقتضى التغليظ لحوطة الدما فكان كل واحد منهما انفرد بالقتل فله حكم نفسه وفيه ضعف فى القياس . وأما صفة الذى يجب به القصاص فاتفقوا على انه العمد وذلك انهم أجمعوا على ان القتل صنفان عمد وخطأ . واختلفوا في هل بينهما وسط أم لا وهو الذى يسمونه شبه العمد فقال به جمهور فقهاء الامصار والمشهور عن مالك نفيه الا في الابن مع أبيه وقد قيل انه يتخرج عنه فى ذلك رواية أخرى وباثباته قال عمر بن الخطاب وعلى وعثمان وزيد بن ثابت وأبوموسى الاشعرى والمغيرة ولا مخالف لهم من الصحابة والذين قالوا به قالوا فيما هو شبه العمد مما ليس بعمد وذلك راجع في الاغلب الى الآلات التى بها يقع القتل والى الاحوال التى كان من أجلها الضرب فقال أبوحنيفة كل ما عدا الحديد من القصب أو النار وما يشبه ذلك فهو شبه العمد وقال ابو يوسف ومحمد شبه العمد مالا يقتل مثله وقال الشافعي شبه العمد ما كان عمدا في الضرب خطأ في القتل أى ما كان ضربا لم يقصد به القتل فتولد عنه القتل والخطأ ما كان خطأ فيهما جميعا والعمد ما كان عمدا فيهما جميعا وهو حسن فعمدة من نفى شبه العمد انه لاواسطة بين الخطأ والعمد أعنى بين أن يقصد القتل أولايقصده وعمدة من أثبت الوسط ان النيات لايطلع عليها الا الله تبارك وتعالى وانما الحكم بما ظهر فمن قصد ضرب آخر بآلة تقتل غالبا كان حكمه كحكم الغالب أعنى

حكم من قصد القتل فقتل بلا خلاف ومن قصد ضرب رجل بعينه بآلة لا تقتل غالبا كان حكمه مترددا بين العمد والخطأ هذا في حقنا لا في حق الآمر في نفسه عند الله تعالى أما شبهه للعمد فمن جهة ما قصد ضربه وأما شبهه للخطأ فمن جهة أنه ضرب بما لا يقصد به القتل وقد روى حديث مرفوع عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال: الا أن قتل الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا والحجر ديته مغلظة مائة من الابل منها أربعون في بطونها أولادها الا أنه حديث مضطرب عند أهل الحديث لا يثبت من جهة الاسناد فيما ذكره أبو عمر بن عبد البر وان كان أبو داود وغيره قد خرجه فهذا النحو من القتل عند من لا يثبته يجب به القصاص وعند من أثبته تجب به الدية ولا خلاف في مذهب مالك أن الضرب يكون على وجه الغضب والثائرة يجب به القصاص واختلف في الذى يكون عمداً على جهة اللعب أو على جهة الادب لمن أبيح له الادب وأما الشرط الذى يجب به القصاص في المقتول فهو أن يكون مكافئاً لدم القاتل والذى به تختلف النفوس هو الاسلام والكفر والحرية والعبودية والذكورية اوالانوثية والواحد والكثير . واتفقوا على أن المقتول اذا كان مكافئا للقاتل في هذه الاربعة الا أنه يجب القصاص واختلفوا في هذه الاربعة اذا لم تجتمع أما الحر اذا قتل العبد عمداً فان العلماء اختلفوا فيه فقال مالك والشافعى والليث وأحمد وأبو ثور لا يقتل الحر بالعبد وقال أبو حنيفة وأصحابه يقتل الحر بالعبد الا عبد نفسه وقال قوم يقتل الحر بالعبد سواء كان عبد القاتل أو عبد غير القاتل وبه قال النخعى فمن قال لا يقتل الحر بالعبد احتج بدليل الخطاب المفهوم من قوله تعالى(كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد) ومن قال يقتل الحر بالعبد احتج بقوله عليه الصلاة والسلام : المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم ☆ فسبب الخلاف معارضة العموم لدليل الخطاب ومن فرق فضعيف ولا خلاف بينهم أن العبد يقتل بالحر وكذلك الانقص بالاعلى ومن الحجة أيضا لمن قال يقتل الحر بالعبد ما رواه الحسن عن سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من قتل عبده قتلناه به ومن طريق المعنى قالوا ولما كان قتله محرما كقتل الحر وجب أن يكون القصاص فيه كالقصاص في الحر . وأما قتل المؤمن بالكافر الذمى فاختلف العلماء في ذلك على ثلاثة اقوال فقال قوم لا يقتل مؤمن بكافر وممن قال به الشافعى والثورى وأحمد وداود وجماعة وقال قوم يقتل به وممن قال بذلك أبو حنيفة وأصحابه وابن أبى ليلى وقال مالك والليث لا يقتل به الا أن يقتله غيلة وقتل الغيلة أن يضجعه فيذبحه وبخاصة على ماله فعمدة الفريق الاول ما روى من حديث على انه سأله قيس بن عبادة والاشتر

هل عهد اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم عهدا لم يعهده الى الناس قال لا الا ما في كتابى هذا وأخرج كتابا من قراب سيفه فاذا فيه المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم ألا لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده من أحدث حدثا أو آوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين خرجه أبو داود وروى أيضا عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يقتل مؤمن بكافر واحتجوا في ذلك باجماعهم على أنه لا يقتل مسلم بالحربى الذى أمن وأما أصحاب أبى حنيفة فاعتمدوا في ذلك آثاراً منها حديث يرويه ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن عبد الرحمن السلمانى قال قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من أهل القبيلة برجل من أهل الذمة وقال أنا أحق من وفي بعهده ورووا ذلك عن عمر قالوا وهذا مخصص لعموم قوله عليه الصلاة والسلام لا يقتل مؤمن بكافر أى انه أريد به الكافر الحربى دون الكافر المعاهد وضعف أهل الحديث حديث عبد الرحمن السلمانى وما رووا من ذلك عن عمر وأما من طريق القياس فانهم اعتمدوا على اجماع المسلمين في أن يد المسلم تقطع اذا سرق من مال الذمى قالوا فاذا كانت حرمة ماله كحرمة مال المسلم فحرمة دمه كحرمة دمه ✡ فسبب الخلاف تعارض الآثار والقياس واما قتل الجماعة بالواحد فان الجمهور فقهاء الامصار قالوا تقتل الجماعة بالواحد منهم مالك وأبو حنيفة والشافعى والثورى وأحمد وأبو ثور و غيرهم سواء كثرت الجماعة أو قلت وبه قال عمر حتى روى انه قال لو تمالا عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعا وقال داود وأهل الظاهر لا تقتل الجماعة بالواحد وهو قول ابن الزبير وبه قال الزهرى وروى عن جابر وكذلك عند هذه الطائفة لا تقطع أيد بيد أعنى اذا اشترك اثنان فما فوق ذلك في قطع يد وقال مالك والشافعى تقطع الايدى باليد وفرقت الحنفية بين النفس والاطراف فقالوا تقتل الانفس بالنفس ولا يقطع بالطرف الا طرف واحد وسيأتى هذا في باب القصاص من الاعضاء فعمدة من قتل بالواحد الجماعة النظر الى المصلحة فانه مفهوم ان القتل انما شرع لنفى القتل كما نبه عليه الكتاب في قوله تعالى « ولكم في القصاص حياة ياأولى الالباب » واذا كان ذلك كذلك فلو لم تقتل الجماعة بالواحد لتذرع الناس الى القتل بان يتعمدوا قتل الواحد بالجماعة لكن للمعترض أن يقول ان هذا انما كان يلزم لو لم يقتل من الجماعة احد فاما ان قتل منهم واحد وهو الذى من قتله يظن اتلاف النفس غالبا على الظن فليس يلزم ان يبطل الحد حتى يكون سببا للتسليط على اذهاب النفوس وعمدة من قتل الواحد بالواحد قوله تعالى « وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين »

وأما قتل الذكر بالانثى فان ابن المنذر وغيره ممن ذكر الخلاف حكى أنه اجماع الاماحكى عن على من الصحابة وعن عثمان البتى انه اذا قتل الرجل بالمرأة كان على اولياء المرأة نصف الدية وحكى القاضى ابو الوليد الباجى في المنتقى عن الحسن البصرى انه لايقتل الذكر بالانثى وحكاه الخطابى في معالم السنن وهو شاذ ولكن دليله قوى لقوله تعالى (والانثى بالانثى) وان كان يعارض دليل الخطاب ههنا العموم الذى في قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) لكن يدخله ان هذا الخطاب وارد في غير شريعتنا وهى مسئلة مختلف فيها أعنى هل شرع من قبلنا شرع لنا ام لا والاعتماد في قتل الرجل بالمرأة هو النظر الى المصلحة العامة واختلفوا من هذا الباب في الاب والابن فقال مالك لايقاد الاب بالابن الا ان يضجعه فيذبحه فاما ان حذفه بسيف أو عصى فقتله لم يقتل وكذلك الجد عنده مع حفيده وقال ابو حنيفة والشافعى والثورى لايقاد الوالد بولده ولا الجد بحفيده اذا قتله باى وجه كان من اوجه العمد وبه قال جمهور العلماء وعمدتهم حديث ابن عباس ان النبى عليه الصلاة والسلام قال : لاتقام الحدود في المساجد ولا يقاد بالولد الوالد وعمدة مالك عموم القصاص بين المسلمين ✡ وسبب اختلافهم مارووه عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب ان رجلا من بنى مدلج يقال له قتادة حذف ابنا له بالسيف فاصاب ساقه فنزى جرحه فمات فقدم سراقة بن جعشم على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فقال له عمر اعدد على ماء قديد عشرين ومائة بعير حتى اقدم عليك فلما قدم عليه عمر اخذ من تلك الابل ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة ثم قال بن أخو المقتول فقال هاأناذا قال خذها فان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليس لقاتل شيء فان مالكا حمل هذا الحديث على أنه لم يكن عمداً محضا وأثبت منه شبه العمد فيما بين الابن والأب . وأما الجمهور فحملوه على ظاهره من أنه عمد لاجماعهم ان من حذف آخر بسيف فقتله فهو عمد . وأمامالك فرأى لما للاب من التسلط على تأديب ابنه ومن المحبة له ان حمل القتل الذى يكون في أمثال هذه الاحوال على أنه ليس بعمد ولم يتهمه اذ كان ليس بقتل غيلة فانما يحمل فاعله على أنه قصد القتل من جهة غلبة الظن وقوة التهمة اذ كانت النيات لايطلع عليها الا الله تعالى فمالك لم يتهم الأب حيث أتهم الاجنبى لقوة المحبة التى بين الاب والابن والجمهور انما عللوا دره الحد عن الأب لمكان حقه على الابن والذى يجىء على أصول أهل الظاهر أن يقاد فهذا هو القول في الموجب .

(وأما القول في الموجب) فاتفقوا على ان لولى الدم أحد شيئين القصاص أو العفو

أما على الدية وأما على غير الدية. واختلفوا هل الانتقال من القصاص الى العفو على أخذ الدية هو حق واجب لولى الدم دون أن يكون فى ذلك خيار للمقتص منه أم لا تثبت الدية الا بتراضى الفريقين أعنى الولى والقاتل وانه اذا لم يرد المقتص منه أن يؤدى الدية لم يكن لولى الدم الا القصاص مطلقا أو العفو فقال مالك لا يجب للولى الا أن يقتص أو يعفو عن غير دية الا أن يرضى المقتص منه باعطاء الدية القاتل وهى رواية ابن القاسم عنه وبه قال أبو حنيفة والثورى والاوزاعى وجماعة وقال الشافعى وأحمد وأبو ثور وداود وا كثر فقهاء المدينة من أصحاب مالك وغيره ولى الدم بالخيار ان شاء اقتص وان شاأخذ الدية رضى القاتل أو لم يرض وروى ذلك أشهب عن مالك الا أن المشهور عنه هى الرواية الاولى فعمدة مالك فى الرواية المشهورة حديث أنس بن مالك فى قصة سن الربيع ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : كتاب الله القصاص فعلم بدليل الخطاب أنه ليس له الا القصاص وعمدة الفريق الثانى حديث أبى هريرة الثابت من قتل له قتيل فهو بخير النظرين بين أن يأخذ الدية وبين أن يعفوها حديثان متفق على صحتهما لكن الاول ضعيف الدلالة فى أنه ليس له الا القصاص والثانى نص فى ازالة الخيار والجمع بينهما ممكن اذا رفع دليل الخطاب من ذلك فان كان الجمع واجبا وممكنا فالمصير الى الحديث الثانى واجب والجمهور على ان الجمع واجب اذا امكن وانه أولى من الترجيح وأيضاً فان الله عز وجل يقول (ولا تقتلوا أنفسكم) واذا عرض على المكلف فداء نفسه بمال فواجب عليه أن يفديها أصله اذا وجد الطعام فى مخمصة بقيمة مثله وعنده ما يشتريه أعنى أنه يقضى عليه بشرائه فكيف بشراء نفسه ويلزم على هذه الرواية اذا كان المقتول أولياء صغار وكبار أن يؤخر القتل الى ان يكبر الصغار فيكون لهم الخيار ولا سيما اذ كان الصغار يحجبون الكبار مثل البنين مع الاخوة (قال القاضى) وقد كانت وقعت هذه المسئلة بقرطبة حياة جدى رحمه الله فافتى اهل زمانه بالرواية المشهورة وهوان لا ينتظر الصغير فافتى هو رحمه الله بانتظاره على القياس فشنع اهل زمانه ذلك عليه لما كانوا عليه من شدة التقليد حتى اضطر ان يضع فى ذلك قولا ينتصر فيه لهذا المذهب وهو موجود بأيدى الناس والنظر فى هذ الباب هو فى قسمين فى العفو والقصاص والنظر فى العفو فى شيئين احدهما فيمن له العفو ممن ليس له وترتيب اهل الدم فى ذلك وهل يكون له العفو على الدية ام لا وقد تكلمنا فى هل له العفو على الدية واما من لهم العفو بالجملة فهم الذين لهم القيام بالدم والذين لهم القيام بالدم هم العصبة عند مالك وعند غيره كل من يرث وذلك انهم اجمعوا على ان المقتول عمداً اذا كان له بنون بالغون فعفا احدهم ان القصاص قد بطل ووجبت الدية واختلفوا فى اختلاف البنات

مع البنين في العفو او في القصاص وكذلك الزوجة او الزوج والاخوات فقال مالك ليس للبنات ولا الاخوات قول مع البنين والاخوة في القصاص او ضده ولا يعتبر قولهن مع الرجال وكذلك الامر في الزوجة والزوج وقال ابو حنيفة والثورى واحمد والشافعى كل وارث يعتبر قوله في اسقاط القصاص وفى اسقاط حظه من الدية وفي الاخذ به قال الشافعى الغائب منهم والحاضر والصغير والكبير سواء وعمـدة هؤلاء اعتبارهم الدم بالدية وعمدة الفريق الاول ان الولاية انمـا هي للذكر ان دون الاناث واختلف العلماء فى المقتول عمداً اذا عفا عن دمه قبل أن يموت هل ذلك جائز على الاولياء وكذلك في المقتول خطأ اذا عفا عن الدية فقال قوم اذا عفا المقتول عن دمه في العمد مضى ذلك وممن قال بذلك مالك وأبو حنيفة والاوزاعى وهذا أحد قولى الشافعى وقالت طائفه أخرى لايلزم عفوه وللاولياء القصاص أو العفو وممن قال به أبو ثور وداود وهو قول الشافعى بالعراق وعمدة هذه الطائفة ان الله خير الولى في ثلاث اما العفو واما القصاص واما الدية وذلك عام فى كل مقتول سواء عفا عن دمه قبل الموت أولم يعفت وعمدة الجمهور أن الشىء الذى جعل للولى انما هو حق المقتول فناب فيه منابه وأقيم مقامه فكان المقتول أحق بالخيار من الذى أقيم مقامه بعد موته وقد أجمع العلماء على ان قوله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له ان المراد بالمصدق هاهنا هو المقتول يتصـدق بدمه وانما اختلفوا على من تعود الضمير فى قوله فهو كفارة له فقيل على القاتل لمن رأى له توبة وقيل على المقتول من ذنوبه وخطاياه وأما اختلافهم في عفو المقتول خطأ عن الدية فقال مالك والشـافعى وأبو حنيفة وجمهور فقهاء الامصار ان عفوه من ذلك في ثلثه الا أن يجيزه الورثة وقال قوم يجوز في جميع ماله وممن قال به طاوس والحسن وعمـدة الجمهور أنه واهب مالا له بعد موته فلم يجز الا في الثلث أصله الوصية وعمدة الفرقة الثانية انه اذا كان له أن يعفو عن الدم فهو أحرى أن يعفو عن المـال وهذه المسئلة هى أخص بكتاب الديات واختلف العلماء اذا عفا المجروح عن الجرحات فمات منها هل للاولياء أن يطالبوا بدمه أم لا فقال مالك لهم ذلك الا أن يقول عفوت عن الجراحات وعما تؤل اليه وقال أبو يوسف ومحمد اذا عفا عن الجراحة ومات فلا حق لهم والعفو عن الجراحات عفو عن الدم وقال قوم بل تلزمهم الدية اذا عفا عن الجراحات مطلقا وهؤلاء اختلفوا فنهم من قال تلزم الجارح الدية كلها واختاره المزنى من أقوال الشافعى ومنهم من قال يلزم من الدية ما بقى منها بعد اسقاط دية

الجرح الذى عفا عنه وهو قول الثورى وأما من يرى أنه لا يعفو عن الدم فليس يتصور معه خلاف في أنه لا يسقط ذلك طلب الولى الدية لانه اذا كان عفوه عن الدم لا يسقط حق الولى فأحرى أن لا يسقط عفوه عن الجرح ✡ واختلفوا فى القاتل عمدا يعفى عنه هل يبقى للسلطان فيه حق أم لا فقال مالك والليث انه يجلد مائة ويسجن سنة وبه قال أهل المدينة وروى ذلك عن عمر وقالت طائفة الشافعى وأحمد وإسحاق وأبو ثور لا يجب عليه ذلك وقال أبو ثور الا ان يكون يعرف بالشر فيؤديه الإمام على قدر ما يرى ولا عمدة للطائفة الاولى الا أثر ضعيف وعمدة الطائفة الثانية ظاهر الشرع وأن التحديد في ذلك لا يكون الا بتوقيف ولا توقيف ثابت في ذلك .

(القول في القصاص)

والنظر فى القصاص هو في صفة القصاص وممن يكون ومتى يكون فاما صفة القصاص في النفس فان العلماء اختلفوا في ذلك فنهم من قال يقتص من القاتل على الصفة التى قتل فمن قتل تغريقا قتل تغريقا ومن قتل بضرب بحجر قتل بمثل ذلك وبه قال مالك والشافعى قالوا الا أن يطول تعذيبه بذلك فيكون السيف له أروح واختلف أصحاب مالك فيمن حرق آخر هل يحرق مع موافقتهم لمالك فى احتذاء صورة القتل وكذلك فيمن قتل بالسهم وقال أبو حنيفة وأصحابه باى وجه قتله لم يقتل الا بالسيف وعمدتهم ماروى الحسن عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لا قود الا بحديدة وعمدة الفريق الأول حديث أنس أن يهوديا رضخ رأس مرأة بحجر فرضخ النبى صلى الله عليه وسلم رأسه بحجر أو قال بين حجرين وقوله كتب عليكم القصاص فى القتلى) والقصاص يقتضى المماثلة وأما ممن يكون القصاص فالظاهر انه يكون من ولى الدم وقد قيل انه لا يمكن منه لمكان العداوة مخافة أن يجوز فيه وأما متى يكون القصاص فبعد ثبوت موجباته والا والاعذار الى القاتل فى ذلك ان لم تكن مقرا واختلفوا هل من شرط القصاص أن لا يكون الموضع الحرم وأجمعوا على أن الحامل اذا قتلت عمدا انه لا يقاد منها حتى تضع حملها كمل كتاب القصاص في النفس واختلفوا فى القاتل بالسم والجمهور على وجوب القصاص وقال بعض أهل الظاهر لا يقبض منه من أجل انه عليه السلام سم هو وأصحابه فلم يتعرض لمن سمه

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الجراح ﴾

والجراح صنفان منها ما فيه القصاص أوالدية أوالعفو ومنها مافيه الدية أو العفو ولنبدأ بما فيه القصاص والنظر ايضا هاهنا في شروط الجارح والجرح الذى به يحق القصاص والمجروح وفي الحكم الواجب الذى هو القصاص وفي بدله ان كان له بدل

(القول في الجارح)

ويشترط في الجارح ان يكون مكلفا كما يشترط ذلك في القاتل وهو ان يكون بالغا عاقلا والبلوغ يكون بالاحتلام والسن بالاخلاف وان كان الخلاف في مقداره فاقصاه ثمانية عشر سنة وأقله خمسة عشر سنة وبه قال الشافعى ولا خلاف أن الواحد اذا قطع عضو انسان واحد اقتص منه اذا كان مما فيه القصاص واختلفوا اذا قطعت جماعة عضوا واحدا فقال أهل الظاهر لاتقطع يدان في يد وقال مالك والشافعى تقطع الايدى باليد الواحدة كما تقتل عندهم الانفس بالنفس الواحدة وفرقت الحنفية بين النفس والاطراف فقالو الا تقطع أعضاء بعضو وتقتل أنفس بنفس وعندهم أن الاطراف تتبعض وازهاق النفس لايتبعض واختلف في الانبات فقال الشافعى هو بلوغ باطلاق واختلف المذهب فيه في الحدود هل هو بلوغ فيها أم لا والاصل في هذا كله حديث بنى قريظة انه صلى الله عليه وسلم قتل منهم من أنبت وجرت عليه المواسى كما أن الاصل في السن حديث ابن عمر أنه عرضه يوم الخندق وهو ابن أربع عشرة سنة فلم يقبله وقبله يوم أن وهو ابن خمسة عشرة سنة .

(القول في المجروح)

وأما المجروح فانه يشترط فيه أن يكون دمه مكافئا لدم الجارح والذى يؤثر في التكافؤ العبودية والكفر أما العبد والحر فانهم اختلفوا في وقوع القصاص بينهما في الجرح كاختلافهم في النفس فنهم من رأى أنه لا يقتص من الحر للعبد ويقتص للحر من العبد

كالحال في النفس ومنهم من رأى أنه يقتص لكل واحد منهما من كل واحد ولم يفرق بين الجرح والنفس ومنهم من فرق فقال يقتص من الاعلى للادنى فى النفس والجرح ومنهم من قال يقتص من النفس دون الجرح وعن مالك الروايتان والصواب كما يقتص من النفس أن يقتص من الجرح فهذه هي حال العبيد مع الاحرار وأما حال العبيد بعضهم مع بعض فان للعلماء فيهم ثلاثة أقوال . أحدها أن القصاص بينهم في النفس وما دونها وهو قول الشافعى وجماعة وهو مروى عن عمر بن الخطاب وهو قول مالك . والقول الثانى أنه لا قصاص بينهم لا في النفس ولا في الجرح وأنهم كالبهائم وهو قول الحسن وابن شبرمة وجماعة : والثالث أن القصاص بينهم في النفس دون ما دونها وبه قال أبو حنيفة والثورى وروى ذلك عن ابن مسعود وعمدة الفريق الاول قوله تعالى (والعبد بالعبد) وعمدة الحنفية ماروى عن عمران بن الحصين أن عبدا لقوم فقراء قطع أذن عبد لقوم أغنياء فاتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقتص منه فهذا هو حكم النفس .

(القول في الجرح)

وأما الجرح فانه يشترط فيه أن يكون على وجه العمد أعنى الجرح الذى يجب فيه القصاص والجرح لايخلوان يكون يتلف جارحة من جوارح المجروح أولا يتلف فان كان مما يتلف جارحة فالعمد فيه هو ان يقصد ضربه على وجه الغضب بما يجرح غالبا واما ان جرحه على وجه اللعب أو بمالا يجرح به غالبا أو على وجه الادب فيشبه ان يكون فيه الخلاف الذى يقع في القتل الذى يتولد عن الضرب فى اللعب والادب بمالا يقتل غالبا فان أبا حنيفة يعتبر الآلة حتى يقول ان القاتل بالمثقل لايقتل وهو شذوذ منه أعنى بالخلاف هل فيه القصاص أو الدية ان كان الجرح مما فيه الدية واما ان كان الجرح قد أتلف جارحة من جوارح المجروح فمن شرط القصاص فيه العمد أيضا بلا خلاف وفي تمييز العمد منه من غير العمد خلاف أما اذا ضربه على العضو نفسه فقطعه وضربه بآلة تقطع العضو غالبا أو ضربه على وجه الثائرة فلا خلاف أن فيه القصاص وأما ان ضربه بلطمة أو سوط أو ما أشبه ذلك مما الظاهر منه أنه لم يقصد اتلاف العضو مثل أن يلطمه فيفقأ عينه فالذى عليه الجمهور أنه شبه العمد ولا قصاص فيه وفيه الدية مغلظة فى ماله وهى رواية العراقيين عن مالك والمشهور في المذهب

أن ذلك عمد وفيه القصاص الا في الاب مع ابنه وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد الى أن شبه العمد انما هو في النفس لا في الجرح واما ان جرحه فاتلف عضوا على وجه اللعب ففيه قولان . أحدهما وجوب القصاص ، والثاني نفيه وما يجب على هذين القولين ففيه القولان قيل الدية مغلظة وقيل دية الخطأ أعني فيما فيه دية وكذلك اذا كان على وجه الادب ففيه الخلاف . وأما ما يجب في جراح العمد اذا وقعت على الشروط التي ذكرنا فهو القصاص لقوله تعالى (والجروح قصاص) وذلك فيما أمكن القصاص فيه منها وفيما وجد منه محل القصاص ولم يخش منه تلف النفس وانما صاروا لهذا لما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع القود في المأمومة والمنقلة والجائفة فرأى مالك ومن قال بقوله ان هذا حكم ما كان في معنى هذه من الجراح التي هي متالف مثل كسر عظم الرقبة والصلب والصدر والفخذ وما أشبه ذلك وقد اختلف قول مالك في المنقلة فمرة قال بالقصاص ومرة قال بالدية وكذلك الامر عند مالك فيما لا يمكن فيه التساوي في القصاص مثل الاقتصاص من ذهاب بعض النظر أو بعض السمع ويمنع القصاص أيضاً عند مالك عدم المثل مثل أن يفقأ أعمى عين بصير .واختلفوا من هذا في الاعور يفقأ عين الصحيح عمدا فقال الجمهور ان أحب الصحيح ان يستقيد منه فله القود .واختلفوا اذا عفا عن القود فقال قوم ان أحب فله الدية كاملة ألف دينار وهو مذهب مالك وقيل ليس له الا نصف الدية وبه قال الشافعي وهو أيضا منقول عن مالك وبقول الشافعي قال ابن القاسم وبالقول الآخر قال المغيرة من أصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذي فقئت عينه الا القود أوما اصطلحا عليه وقد قيل لا يستقيد من الاعور وعليه الدية كاملة روى هذا عن ابن المسيب وعن عثمان وعمدة صاحب هذا القول ان عين الاعور بمنزلة عينين فمن فقاها في واحدة فكأنه اقتص من اثنين في واحدة وإلى نحو هذا ذهب من رأى أنه اذا ترك القود ان له دية كاملة ويلزم حامل هذا القول أن لا يستقيد ضرورة ومن قال بالقود وجعل الدية نصف الدية فهو أحرز لاصله فتأمله فانه بين بنفسه والله أعلم. وأما هل المجروح مخير بين القصاص وأخذ الدية أم ليس له الا القصاص فقط الا ان يصطلحا على أخذ الدية ففيه القولان عن مالك مثل القولين في القتل وكذلك أحد قولي مالك في الاعور يفقأ عين الصحيح أن الصحيح يخير بين أن يفقأ عين الاعور أو يأخذ الدية ألف دينار أو خمسمائة على الاختلاف في ذلك .

(وأما متى يستقاد من الجرح) فعند مالك أنه لا يستقاد من جرح الا بعد اندماله وعند الشافعي على الفور فالشافعي تمسك بالظاهر ومالك رأى أن

يعتبر ما يؤل اليه أمر الجرح مخافة ان يفضى الى اتلاف النفس . واختلف العلماء في المقتص من الجرح يموت المقتص منه من ذلك الجرح فقال مالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد لا شىء على المقتص وروى عن على وعمر مثل ذلك وبه قال أحمد وأبو ثور وداود وقال أبو حنيفة والثورى وابن أبى ليلى وجماعة اذا مات وجب على عاقلة المقتص الدية وقال بعضهم هي في ماله وقال عثمان البتى يسقط عنه من الدية قدر الجراحة التى اقتص منها وهو قول ابن مسعود فعمدة الفريق الاول اجماعهم على أن السارق اذا مات من قطع يده انه لاشىء على الذى قطع يده وعمدة أبى حنيفة أنه قتل خطأ فوجبت فيه الدية ولا يقاد عند مالك في الحر الشديد ولا البرد الشديد ويؤخر ذلك مخافة أن يموت المقادمنه وقد قيل أن المكان شرط فى جواز القصاص وهو غير الحرم فهذا هو حكم العمد في الجنايات على النفس وفي الجنايات على أعضاء البدن وينبغى أن نصير الى حكم الخطأ في ذلك ونبتدىء بحكم الخطأ في النفس .

كتاب الديات في النفوس

والاصل فى هذا الباب قوله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا أن يصدقوا) والديات تختلف في الشريعة بحسب اختلاف الدماء وبحسب اختلاف الذين تلزمهم الدية وتختلف أيضا بحسب العمد اذا رضى بها إما الفريقان وإما من له القود على ماتقدم من الاختلاف والنظر في الدية هو فى موجبها أعنى في أى قتل تجب ثم في نوعها وفى قدرها وفي الوقت الذى تجب فيه وعلى من تجب. فاما فى أى قتل تجب فانهم اتفقوا على أنها تجب في قتل الخطأ وفي العمد الذى يكون من غير مكلف مثل المجنون والصبى وفي العمد الذى تكون حرمة المقتول فيه ناقصة عن حرمة القاتل مثل الحر والعبد ومن قتل الخطأ ما اتفقوا على أنه خطأ ومنه ما اختلفوا فيه وقد تقدم صدراً من ذلك وسيأتى بعد ذلك اختلافهم في تضمين الراكب والسائق والقائد وأما قدرها ونوعها فانهم اتفقوا على أن دية الحر المسلم على أهل الابل مائة من الابل وهى في مذهب مالك ثلاثة ديات دية الخطأ ودية العمد اذا قبلت ودية شبه العمد وهى عند مالك فى الاشهر عنه مثل فعل المدلجى بابنه . وأما الشافعى فالدية عنه اثنان فقط مخففة ومغلظة فالمخففة دية الخطأ والمغلظة دية العمد ودية شبه العمد وأما أبو حنيفة فالديات عنده اثنان أيضا دية الخطأ ودية شبه العمد وليس عنده دية في العمد وانما الواجب عنده في العمد ما أصطلحا عليه وهو حال عليه غير مؤجل

وهو معنى قول مالك المشهور لانه اذا لم تلزمه الدية عنده الا باصطلاح فـلا معنى لتسميتها دية الا ماروى عنه أنها تكون مؤجلة كدية الخطأ فهنا يخرج حكمها عن حكم المـال المصطلح عليه ودية العمد عنده ارباع خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهو قول ابن شهاب وربيعة والدية المغلظة عنده أثلاثا ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة وهى الحوامل ولا تكون المغلظة عنده في المشهور الا في مثل فعل المدلجي بابنه وعند الشافعى انها تكون في شبه العمد أثلاثا أيضا وروى ذلك أيضا عن عمر وزيد بن ثابت وقال أبو ثور الدية في العمد اذا عفا ولى الدم اخماسا كدية الخطا . واختلفوا فى اسنان الابل في دية الخطا فقال مالك والشافعى هى اخماس عشرون ابنة مخاض وعشرون ابنة لبون وعشرون ابن لبون ذكر وعشرون حقة وعشرون جذعـة وهو مروى عن ابن شهاب وربيعة وبه قال أبو حنيفة وأصحابه أعنى التخميس الا انهم جعـلوا مكان ابن لبون ذكر ابن مخاض ذكر وروى عن ابن مسعود الوجهان جميعا وروى عن سيدنا على انه جعلها أرباعا أسقط منها الخمس والعشرين بنى لبون واليه ذهب عمر بن عبد العزيز ولا حديث في ذلك مسند فدل على الاباحة والله أعلم كما قال أبو عمر بن عبد البر وخرج البخارى والترمذى عن ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسـلم انه قال فى دية الخطأ عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض ذكور وعشرون بنات لبون وعشرون جذعة وعشرون حقة واعتل لهـذا الحديث أبو عمر بانه روى عن حنيف ابن مالك عن ابن مسعود وهو مجهول قال وأحب الى في ذلك الرواية عن على لانه لم يختلف في ذلك عليه كما اختلف على ابن مسعود وخرج أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى ان من قتل خطأ فديته مائة من الابل ثلاثون بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشرة بنو لبون ذكر قال أبو سليمان الخطابى هـذا الحديث لا أعرف أحدا من الفقهاء المشهورين قال به وانما قال أكثر العلماء ان دية الخطأ أخماس وان كانوا اختلفوا فى الاصناف وقد روى ان دية الخطأ مربعة عن بعض العلماء وهم الشعبي والنخعى والحسن البصرى وهؤلاء جعلوها خمسا وعشرين جذعة وخمسا وعشرين حقة وخمسا وعشرين بنات لبون وخمسا وعشرين بنات مخاض كما روى عن على وخرجه أبو داود وانما صار الجمهور الى تخميس دية الخطا عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنو مخاض ذكر وان كان لم يتفقوا على بنى المخاض لانها لم تذكر في اسنان فيها وقياس من أخذ بحديث التخميس فى الخطأ وحديث التربيع في شبه العمد وان

ثبت هذا النوع الثالث أن يقول في دية العمد بالتثليث كما قد روى ذلك عن الشافعي ومن لم يقل بالتثلث شبه العمد بما دونه فهذا هو مشهور أقاويلهم في الدية التى تكون من الابل على أهل الابل وأما أهل الذهب والورق فانهم اختلفوا أيضا فيما يجب من ذلك عليهم فقال مالك على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم وقال أهل العراق على أهل الورق عشرة آلاف درهم وقال الشافعي بمصر لا يؤخذ من أهل الذهب ولا من أهل الورق الا قيمة الابل بالغا ما بلغت وقوله بالعراق مثل قول مالك وعمدة مالك تقويم عمر بن الخطاب المائة من الابل على أهل الذهب بالف دينار وعلى أهل الورق باثنى عشر الف درهم وعمدة الحنفية ما رووا أيضا عن عمر أنه قوم الدينار بعشرة دراهم واجماعهم على تقويم المثقال بها في الزكاة وأما الشافعي فيقول ان الاصل في الدية انما هو مائة بعير وعمر أنما جعل فيها الف دينار على أهل الذهب واثنى عشر الف درهم على أهل الورق لان ذلك كان قيمة الابل من الذهب والورق في زمانه والحجة له ماروى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال كانت الديات على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ودية أهـل الكتاب على النصف من دية المسلمين قال فكان ذلك حتى استخلف عمر فقام خطيباً فقال ان الابل قدغلت ففرضها عمر على أهل الورق اثنى عشر الف درهم وعلى أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل البقر مائتى بقرة وعلى أهل الشاة الفى شاة وعلى أهل الحلل مائتى حلة وترك دية أهل الذمة لم يرفع فيها شيئا واحتج بعض الناس لمالك لانه لو كان تقويم عمر بدلا لكان ذلك دينا بدين لاجماعهم ان الدية في الخطأ مؤجلة لثلاث سنين ومالك وأبو حنيفة وجماعة متفقون على ان الدية لا تؤخذ الا من الابل أو الذهب أو الورق وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن والفقهاء السبعة المدنيون يوضع على أهل الشاة الفا شاة وعلى أهل البقر مائتا بقرة وعلى أهل البرود مائتا حلة وعمدتهم حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده المتقدم وما أسنده أبو بكر بن أبى شيبة عن عطاء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الدية على الناس في أموالهم ما كانت على أهل الابل مائة بعير وعلى أهل الشاة الفا شاة وعلى أهل البقر مائتا بقرة وعلى أهل البرود مائتا حلة وما روى عن عمر بن عبد العزيز أنه كتب الى الاجناد أن الدية كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة بعير قال فان كان الذى أصابه من الاعراب فديته من الابل لا يكلف الاعرابى الذهب ولا الورق فان لم يجد الاعرابى مائة من الابل فعدلها من الشاة ألف شاة ولان أهل العراق أيضا رووا عن عمر مثل حديث

عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده نصاً وعمدة الفريق الاول انه لو جاز ان تقوم بالشاة والبقر لجاز ان تقوم بالطعام على اهل الطعام وبالخيل على اهل الخيل وهذا لا يقول به احد والنظر في الدية كما قلت هو في نوعها وفي مقدارها وعلى من تجب وفيما تجب ومتى تجب ، اما نوعها ومقدارها فقد تكلمنا فيه في الذكور الاحرار المسلمين واما على من تجب فلا خلاف بينهم ان دية الخطأ تجب على العاقلة وانه حكم مخصوص من عموم قوله تعالى (ولا تزر وازرة وزر اخرى) ومن قوله عليه الصلاة و السلام لابى رمثة لولده لا يجنى عليك ولا تجنى عليه، واما دية العمد فجمهورهم على انها ليست على العاقلة لما روى عن ابن عباس ولا مخالف له من الصحابة انه قال لا تحمل العاقلة عمداً ولا اعترافا ولا صلحا في عمد وجمهورهم على انها لا تحمل من أصاب نفسه خطأ وشذ الاوزاعى فقال من ذهب يضرب العدو فقتل نفسه فعلى عاقلته الدية وكذلك عندهم في قطع الاعضاء وروى عن عمر أن رجلا فقأ عين نفسه خطأ فقضى له عمر بديتها على عاقلته واختلفوا في دية شبه العمد وفي الدية المغلظة على قولين واختلفوا في دية ما جناه المجنون والصبي على من تجب فقال مالك وأبو حنيفة وجماعة أنه كله يحمل على العاقلة وقال الشافعى عمد الصبي في ماله ☆ وسبب اختلافهم تردد فعل الصبي بين العامد والمخطئ فمن غلب عليه شبه العمد أوجب الدية في ماله ومن غلب عليه شبه الخطأ أوجبها على العاقلة وكذلك اختلفوا اذا اشترك في القتل عامد وصبي والذين أوجبوا على العامد القصاص وعلى الصبي الدية اختلفوا على من تكون فقال الشافعى على أصله في مال الصبي وقال مالك على العاقلة وأما أبو حنيفة فيرى أن لا قصاص بينهما . وأما متى تجب فانهم اتفقوا على أن دية الخطأ مؤجلة في ثلاث سنين وأما دية العمد فحالة الا أن يصطلحا على التأجيل . وأما من هم العاقلة فان جمهور العلماء من أهل الحجاز اتفقوا على أن العاقلة هى القرابة من قبل الاب وهم العصبة دون أهل الديوان وتحمل الموالى العقل عند جمهورهم اذا عجزت عنه العصبة الا داود فانه لم ير الموالى عصبة وليس فيما يجب على واحد واحد منهم حد عند مالك وقال الشافعى على الغنى دينار وعلى الفقير نصف دينار وهي عند الشافعى مرتبة على القرابة بحسب قربهم فالاقرب من بنى أبيه ثم من بنى جده ثم من بنى بنى أبيه وقال أبو حنيفة وأصحابه العاقلة هم أهل ديوانه إن كان من اهل ديوان وعمدة أهل الحجاز انه تعاقل الناس في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي زمان أبى بكر ولم يكن هنالك ديوان وانما كان الديوان في زمان عمر بن الخطاب واعتمد الكوفيون حديث جبير بن مطعم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : لا حلف

في الاسلام وانما حلف كان في الجاهلية فلا يزيده الاسلام الا قوة والجملة فتمسكوا في ذلك بنحو تمسكهم في وجوب الولاء للحلفاء واختلفوا في جناية من لا عصبة له ولا موالى وهم السائبة اذا جنوا خطأ هل يكون عليه عقل أم لا وان كان فعلى من يكون فقال من لم يجعل لهم موالى ليس على السائبة عقل وكذلك من لم يجعل العقل على الموالى وهو داود وأصحابه وقال من جعل ولاءه لمن اعتقه عليه عقله وقال من جعل ولاءه للمسلمين عقله في بيت المال ومن قال إن للسائبة ان يوالى من شاء جعل عقله لمن والاه وكل هذه الاقاويل قد حكيت عن السلف والديات تختلف بحسب اختلاف المودى فيه والمؤثر في نقصان الدية هي الانوثة والكفر والعبودية اما دية المرأة فانهم اتفقوا على انها على النصف من دية الرجل في النفس فقط واختلفوا فيما دون النفس من الشجاج والاعضاء على ما سيأتى القول فيه في ديات الجروح والاعضاء وأما دية أهل الذمة اذا قتلوا خطأ فان للعلماء في ذلك ثلاثة أقوال ، أحدها أن ديتهم على النصف من دية المسلم ذكرانهم على النصف من ذكر ان المسلمين ونساؤهم على النصف من نسائهم وبه قال مالك وعمر بن عبد العزيز وعلى هذا تكون دية جراحهم على النصف من دية المسلمين والقول الثانى أن ديتهم ثلث دية المسلم وبه قال الشافعي وهو مروى عن عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وقال به جماعة من التابعين ، والقول الثالث أن ديتهم مثل دية المسلمين وبه قال أبو حنيفة والثورى وجماعة وهو مروى عن ابن مسعود وقد روى عن عمر وعثمان وقال به جماعة من التابعين فعمدة الفريق الاول ما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال دية الكافر على النصف من دية المسلم وعمدة الحنفية عموم قوله تعالى (وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة) ومن السنة ما رواه معمر عن الزهرى قال دية اليهودى والنصرانى وكل ذمى مثل دية المسلم قال وكانت كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان وعلى حتى كان معاوية فجعل في بيت المال نصفها وأعطى أهل المقتول نصفها ثم قضى عمر بن العزيز بنصف الدية وألغى الذى جعله معاوية في بيت المال قال الزهرى فلم يقض لى أن أذكر بذلك عمر بن عبد العزيز فاخبره أن الدية قد كانت تامة لاهل الذمة . وأما اذا قتل العبد خطأ أو عمدا على من لا يرى القصاص فيه فقال قوم عليه قيمته بالغة ما بلغت وان زادت على دية الحر وبه قال مالك والشافعى وأبو يوسف وهو قول سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز وقال أبو حنيفة ومحمد لا يتجاوز بقيمة العبد الدية وقالت طائفة من فقهاء الكوفية فيه الدية ولكن لا يبلغ به دية الحر ينقص منها شيئا وعمدة الحنفية ان الرق حال نقص

فوجب أن لا تزيد قيمته على دية الحر وعمدة من أوجب فيه الدية ولكن ناقصة عن دية الحر أنه مكلف ناقص فوجب أن يكون الحكم ناقصا عن الحر لكن واحداً بالنوع أصله الحد في الزنا والقذف والخمر والطلاق ولو قيل فيه أنها تكون على النصف من دية الحر لكان قولا له وجه أعني في دية الخطأ لكن لم يقل به أحد وعمدة مالك أنه مال قد اتلف فوجب فيه القيمة أصله سائر الاموال. واختلف في الواجب في العبد على من يجب فقال أبو حنيفة هو على عاقلة القاتل وهو الاشهر عن الشافعي وقال مالك هو على القاتل نفسه وعمدة مالك تشبيه العبد بالعروض وعمدة الشافعي قياسه على الحر .

ومما يدخل في هذا الباب

من أنواع الخطأ دية الجنين وذلك لان سقوط الجنين عن الضرب ليس هو عمداً محضاً وإنما هو عمد في أمه خطأ فيه والنظر في هذا الباب هو أيضاً في الواجب في ضروب الاجنة وفي صفة الجنين الذي يجب فيه الواجب وعلى من يجب وان يجب وفي شروط الوجوب. فاما الاجنة فانهم اتفقوا على أن الواجب في جنين الحرة وجنين الامة من سيدها هو غرة لما ثبت عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبي هريرة وغيره أن امرأتين من هذيل رمت احداهما الاخرى فطرحت جنينها فقضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة عبد أو وليدة. واتفقوا على أن قيمة الغرة الواجبة في ذلك عند من رأى أن الغرة في ذلك محدودة بالقيمة وهو مذهب الجمهور هي نصف عشر دية أمه الا أن من رأى أن الدية الكاملة على أهل الدراهم هي عشرة آلاف درهم قال دية الجنين خمسمائة درهم ومن رأى أنها اثنا عشر الف درهم قال ستمائة درهم والذين لم يحدوا في ذلك حدا أو لم يحدوها من جهة القيمة وأجازوا اخراج قيمتها عنها قالوا الواجب في ذلك قيمة الغرة بالغة ما بلغت وقال داود وأهل الظاهر كل ما وقع عليه اسم غرة أجزأ ولا يجزىء عنده القيمة في ذلك فيما أحسب . واختلفوا في الواجب في جنين الامة وفي جنين الكتابية فذهب مالك والشافعي الى أن في جنين الامة عشر قيمة أمه ذكراً كان أو انثى يوم يجنى عليه وفرق قوم بين الذكر والانثى فقال قوم ان كان أنثى فيه عشر قيمة أمه وان كان ذكراً فعشر قيمته لو كان حيا وبه قال أبو حنيفة ولا خلاف عندهم ان جنين الامة اذا سقط حيا ان فيه قيمته وقال أبو يوسف في جنين الامة اذا سقط ميتا منها ما نقص من قيمة أمه وأما جنين الذمية فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة فيه عشر دية أمه لكن أبو حنيفة على أصله في أن

دية الذمى دية المسلم والشافعى على أصله في أن دية الذمى ثلث دية المسلم ومالك على أصله في أن دية الذمى نصف دية المسلم وأما صفة الجنين الذى تجب فيه فانهم اتفقوا على أن من شروطه أن يخرج الجنين ميتا ولا تموت أمه من الضرب واختلفوا اذا ماتت أمه من الضرب ثم سقط الجنين ميتا فقال الشافعى ومالك لا شىء فيه وقال أشهب فيه الغرة وبه قال الليث وربيعة والزهرى . واختلفوا من هذا الباب في فروع وهي العلامة التى تدل على سقوطه حيا أو ميتا فذهب مالك وأصحابه الا أن علامة الحياة الاستهلال بالصياح أو البكاء وقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى وأكثر الفقهاء كل ما علمت به الحياة في العادة من حركة أو عطاس أو تنفس فاحكامه أحكام الحى وهو الاظهر . واختلفوا من هذا الباب في الخلقة التى توجب الغرة فقال مالك كلما طرحته من مضغة أو علقة مما يعلم أنه ولد ففيه الغرة وقال الشافعى لا شىء فيه حتى تستبين الخلقة والاجود أن يعتبر نفخ الروح فيه أعنى أن يكون تجب فيه الغرة اذا علم ان الحياة قد كانت وجدت فيه . واما على من تجب فانهم اختلفوا فى ذلك فقالت طائفة منهم مالك والحسن بن حي والحسن البصرى هى فى مال الجانى وقال آخرون هى على العاقلة وممن قال بذلك الشافعى وأبو حنيفة والثورى وجماعة عمدتهم انها جناية خطا فوجبت على العاقلة وما روى أيضا عن جابر بن عبد الله ان النبى صلى الله عليه وسلم جعل في الجنين غرة على عاقلة الضارب وبدأ بزوجها وولدها وأما مالك فشبهها بدية العمد اذا كان الضرب عمداً . وأما لمن تجب فقال مالك والشافعى وأبو حنيفة لورثة الجنين وحكمها حكم الدية في أنها موروثة وقال ربيعة والليث هى للام خاصة وذلك أنهم شبهوا جنينها بعضو من أعضائها ومن الواجب الذى اختلفوا فيه في الجنين مع وجوب الغرة وجوب الكفارة فذهب الشافعى الى ان فيه الكفارة واجبة وذهب أبو حنيفة الى أنه ليس فيه كفارة واستحسنها مالك ولم يوجبها فاما الشافعى فانه أوجبها لان الكفارة عنده واجبة في العمد والخطأ وأما أبو حنيفة فانه غلب عليه حكم العمد والكفارة لا تجب عنده في العمد وأما مالك فلما كانت الكفارة لا تجب عنده فى العمد وتجب في الخطا وكان هذا متردداً عنده بين العمد والخطا استحسن فيه الكفارة ولم يوجبها . ومن أنواع الخطا المختلف فيه اختلافهم في تضمين الراكب والسائق والقائد فقال الجمهور هم ضامنون لما أصابت الدابة واحتجوا في ذلك بقضاء عمر على الذى أجرى فرسه فوطىء آخر بالعقل وقال أهل الظاهر لا ضمان على أحد في جرح العجماء واعتمدوا الاثر الثابت فيه عنه صلى الله عليه وسلم من حديث أبى هريرة أنه قال عليه الصلاة والسلام . جرح العجماء جبار والبئر جبار

والمعدن جبار وفي الركاز الخمس فحمل الجمهور الحديث على انه اذا لم يكن للدابة راكب ولا سائق ولا قائد لانهم رأوا انه اذا أصابت الدابة أحدا وعليها راكب أولها قائد أو سائق فان الراكب لها أوالسائق أوالقائد هو المصيب ولكن خطأ. واختلف الجمهور فيما أصابت الدابة برجلها فقال مالك لاشيء فيه ان لم يفعل صاحبا لدابة بالدابة شيأ يبعثها به على أن ترمح برجلها وقال الشافعي يضمن الراكب ماأصابت بيدها أوبرجلها وبه قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى وسويا بين الضمان برجلها أو بغير رجلها وبه قال أبو حنيفة الا أنه استثنى الرمحة بالرجل اوبالذنب وربما احتج من لم يضمن رجل الدابة بما روى عنه صلى الله عليه وسلم الرجل جبار ولم يصح هذا الحديث عند الشافعي ورده أقاويل العلماء فيمن حفر بئراً فوقع فيه انسان متقاربة قال مالك ان حفر في موضع جرت العادة الحفر في مثله لم يضمن وان تعدى في الحفر ضمن وقال الليث ان حفر في أرض يملكها لم يضمن وان حفر فيما لايملك ضمن فمن ضمن فهو عنده من نوع الخطأ وكذلك اختلفوا فى الدابة الموقوفة فقال بعضهم ان أوقفها بحيث يجب له ان يوقفها لم يضمن وان لم يفعل ضمن وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يضمن على كل حال وليس يبرئه أن يربطها بموضع يجوزله أن يربطهافيه كمالايبرئه ركوبها من ضمان ما أصابته وان كان الركوب مباحا . واختلفوا في الفارسين يصطدمان فيموت وكل احد منهما فقال مالك وأبوحنيفة وجماعة على كل واحد منهما دية الآخر وذلك على العاقلة وقال الشافعي وعثمان البتى على كل واحد منهما نصف دية صاحبه لان كل واحد منهما مات من فعل نفسه وفعل صاحبه. وأجمعوا على أن الطبيب اذا أخطألزمته الدية مثل أن يقطع الحشفة فى الختان وما أشبه ذلك لانه في معنى الجانى خطا وعن مالك رواية انه ليس عليه شيء وذلك عنده اذا كان من أهل الطب ولا خلاف انه اذا لم يكن من أهل الطب انه يضمن لانه متعد وقد ورد في ذلك مع الاجماع حديث عمر وبن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من تطبب ولم يعلم منه قبل ذلك الطب فهو ضامن والدية فيما أخطاه الطبيب عند الجمهور على العاقلة ومن أهل العلم من جعله في مال الطبيب ولا خلاف انه اذا لم يكن من أهل الطب انها في ماله على ظاهر حديث عمر وبن شعيب ولا خلاف بينهم ان الكفارة التى نص الله عليها في قتل الحرخطا واجبة . واختلفوا في قتل العمد هل فيه كفارة وفى قتل العبد خطافاوجبهامالك في قتل الحرفقط في الخطادون العمد وأوجبها الشافعي فى العمد من طريق الاولى والاحرى وعند مالك أن العمد في هذا حكمه حكم الخطأ . واختلفوا في تغليظ الدية في الشهر الحرام وفي البلد الحرام فقال مالك وأبوحنيفة وابن ليلى لاتغلظ

الدية فيهما وقال الشافعي تغلظ فيهما في النفس في الجراح وروى عن القاسم بن محمد وابن شهاب وغيرهم انه يراد فيها مثل ثلثها وروى ذلك عن عمر وكذلك عند الشافعي من قتل ذا رحم محرم عمدة مالك وأبى حنيفة عموم الظاهر في توقيف الديات فمن ادعى في ذلك تخصيصا فعليه الدليل مع انهم قد أجمعوا على انه لاتغلظ الكفارة فيمن قتل فيهما وعمدة الشافعي إن ذلك مروى عن عمر وعثمان وابن عباس واذا روى عن الصحابة شيء مخالف للقياس وجب حمله عن التوقيف ووجه مخالفته للقياس أن التغليظ فيما وقع خطا بعيد عن أصول الشرع وللفريق الثانى أن يقول انه قد ينقدح في ذلك قياس لماثبت في الشرع من تعظيم الحرم واختصاصه بضمان الصيود فيه .

﴿ كتاب الديات فيمادون النفس ﴾

والاشياء التى تجب فيها الدية فيمادون النفس هى شجاج وأعضاء فلنبدأ بالقول فى الشجاج والنظر في هذا الباب في محل الوجوب وشرطه وفي قدره الواجب وعلى من تجب ومتى تجب ولمن تجب . فاما محل الوجوب فهى الشجاج أوقطع الاعضاء والشجاج عشرة في اللغة والفقه أو لها الدامية وهى التى تدمى الجلد ثم الحارصة وهى التى تشق الجلد ثم الباضعة وهى التى تبضع اللحم أى تشقه ثم المتلاحمة وهى التى أخذت فى اللحم ثم السمحاق وهى التى تبلغ السمحاق وهو الغشا الرقيق بين اللحم والعظم ويقال لها الملطاء بالمد والقصر ثم الموضحة وهى التى توضح العظم أى تكشفه ثم الهاشمة وهى التى تهشم العظم ثم المنقلة وهي التى يطير العظم منها ثم المأمومة وهي التى تصل أم الدماغ ثم الجائفة وهى التى تصل الى الجوف وأسماء هذه الشجاج مختصة بما وقع بالوجه منها والرأس دون سائر البدن واسم الجرح يختص بما وقع في البدن فهذه أسماء هذه الشجاج فاما أحكامها أعنى الواجب فيها فاتفق العلماء على أن العقل واقع في عمد الموضحة وما دون الموضحة خطا واتفقوا على أنه ليس فيما دون الموضحة خطا عقل وانما فيها حكومة قال بعضهم أجرة الطبيب الا ماروى عن عمر وعثمان انهما قضيا في السمحاق بنصف دية الموضحة وروى عن على أنه قضى فيها باربع من الابل وروى عن زيد بن ثابت انه قال في الدامية بعير وفي الباضعة بعيران وفى المتلاحمة ثلاثة أبعرة

وفى السمحاق أربعة والجمهور من فقهاء الامصار على ماذكرنا وذلك ان الاصل فى الجراح الحكومة الا ماوقتت فيه السنة حدا ومالك يعتبر فى الزام الحكومة وفيمادون الموضحة أن تبرأ على شين والغير من فقهاء الامصار يلزم فيها الحكومة برئت على شين أو لم تبرأ فهذه هى أحكام مادون الموضحة ☆ فاما الموضحة فجميع الفقهاء على أن فيها اذا كانت خطأ خمس من الابل وثبت ذلك عن رسول الله صلى عليه وسلم في كتابه لعمرو بن حزم ومن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: في الموضحة خمس يعنى من الابل واختلف العلماء في موضع الموضحة من الجسد بعد اتفاقهم على ما قلنا أعنى على وجوب القصاص في العمد ووجوب الدية فى الخطأ منها فقال مالك لا تكون الموضحة الا في جهة الرأس والجبهة والخدين واللحى الا على ولا تكون فى اللحى الاسفل لانه فى حكم العنق ولا في الانف . وأما الشافعى وأبو حنيفة فالموضحة عندهما في جميع الوجه والرأس والجمهور على أنها لا تكون في الجسد وقال الليث وطائفة تكون الموضحة في الجنب وقال الاوزاعى اذا كانت في الجسد كانت على التصف من ديتها في الوجه والرأس وروى عن عمر أنه قال فيموضحة الجسد نصف عشر دية ذلك العضو وغلط بعض العلماء في موضحة الوجه تبرأ على شين فرأى فيها مثل نصف عقلها زائداً على عقلها وروى ذلك مالك عن سليمان بن يسار واضطرب قول مالك في ذلك فرة قال بقول سليمان ابن يسار ومرة قال لايزاد فيها على عقلها شيء وبه قال الجمهور وقد قيل عن مالك أنه قال اذا شانت الوجه كان فيها حكومة من غير توقيف ومعنى الحكومة عند مالك مانقص من قيمته أن لو كان عبدا . وأما الهاشمية ففيها عند الجمهور عشر الدية وروى ذلك عن زيد بن ثابت ولا مخالف له من الصحابة , وقال بعض العلماء الهاشمية هى المنقلة وشذ , وأما المنقلة فلا خلاف ان فيها عشر الدية ونصف العشر اذا كانت خطا فاما اذا كانت عمدا فجمهور العلماء على أن ليس فيها قود لمكان الخوف . وحكى عن ابن الزبير أنه اقاد منها ومن المامومة . وأما الهاشمية في العمد فروى ابن القاسم عن مالك أنه ليس فيها قود ومن أجاز القود من المنقلة كان أحرى أن يجيز ذلك من الهاشمية .

وأما المامومة فلا خلاف أنه لا يقاد منها وان فيها ثلث الدية الا ما حكى عن ابن الزبير ، وأما الجائفة فاتفقوا على أنها من جراح الجسد لا من جراح الرأس وانها لا يقاد منها وان فيها ثلث الدية وانها جائفة متى وقعت في الظهر والبطن . واختلفوا اذا وقعت في غير ذلك من الاعضاء فنفذت الى تجويفه فحكى مالك عن سعيد بن المسيب ان فى كل جراحة نافذة الى تجويف عضو من الاعضاء اى عضو كان ثلث

دية ذلك العضو . وحكى ابن شهاب انه كان لا يرى ذلك وهو الذى اختاره مالك لان القياس عنده في هذا لايسوغ وانما في ذلك الاجتهاد من غير توقيف . وأما سعيد فانه قاس ذلك على الجائفة على نحو ماروى عن عمر فى موضحة الجسد ، وأما الجراحات التى تقع في سائر الجسد فليس في الخطا منها الحكومة .

(القول فى ديات الاعضاء)

والاصل فيما فيه من الأعضاء اذا قطع خطأ مال محدود وهو الذى يسمى دية وكذلك من الجراحات والنفوس حديث عمرو بن حزم عن أبيه أن في الكتاب الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم في العقول أن في النفس مائة من الابل وفي الانف اذا استوعب جدعا مائة من الابل وفي المامومة ثلث الدية وفى الجائفة مثلها وفى العين خمسون وفى اليد خمسون وفى الرجل خمسون وفى كل أصبع مما هنالك عشر من الابل وفى السن والموضحة خمس وكل هذ مجمع عليه الا السن والابهام فانهم اختلفوا فيها على ما سنذكره ومنها ما اتفقوا عليه مما لم يذكر ههنا قياسا على ما ذكر فنقول ان العلماء أجمعوا على ان فى الشفتين الدية كاملة والجمهور على أن فى كل واحدة منهما نصف الدية وروى عن قوم من التابعين ان فى السفلى ثلثى الدية لانها تحبس الطعام والشراب وبالجملة فان حركتها والمنفعة بها أعظم من حركة الشفة العليا وهو مذهب زيد بن ثابت وبالجملة فجماعة العلماء وأئمة الفتوى متفقون على ان في كل زوج من الانسان الدية خلا الحاجبين وثديى الرجل واختلفوا فيالاذنين متى تكون فيهما الدية فقال الشافعى وأبو حنيفة والثورى والليث اذا اصطلمتا كان فيهما الدية ولم يشترطوا ذهاب السمع بل جعلوا في ذهاب السمع الدية مفردة. وأما مالك فالمشهور عنده أن لا تجب في الاذنين الدية الا اذا ذهب سمعهما فان لم يذهب ففيه حكومة فروى عن أبى بكر أنه قضى فى الاذن بخمس عشرة من الابل وقال انهما لا يضران السمع ويسترهما الشعر أو العمامة وروى عن عمر وعلى وزيد أنهم قضوا فى الاذن اذا اصطلمت نصف الدية . وأما الجمهور من العلماء فلا خلاف عندهم ان في ذهاب السمع الدية . وأما الحاجبان ففيهما عند مالك والشافعى حكومة وقال أبو حنيفة فيهما الدية وكذلك فى اشفار العين وليس عند مالك فى ذلك الا حكومة وعمدة الحنفية ماروى ابن مسعود انه قال فى كل اثنين من الانسان الدية وتشبيههما بما اجمعوا عليه من الاعضاء المثناة وعمدة مالك أنه لا مجال فيه للقياس وانما طريقه التوقيف فالم يثبت من قبل السماع فيه دية فالاصل ان فيه حكومة وايضا فان الحواجب ليست أعضاء

لها منفعة ولا فعل بين أعنى ضروريا في الخلقة . وأما الاجفان فقيل في كل جفن منها ربع الدية وبه قال الشافعى والكوفى لانه لابقاء للعين دون الاجفان وفى الجفنين الاسفلين عند غيرهما الثلث وفى الاعليين الثلثان وأجمعوا على أن من اصيب من اطرافه أكثر من ديته ان له ذلك مثل ان تصاب عيناه وأنفه فله ديتان . وأما الانثيان فأجمعوا ايضا على ان فيهما الدية وقال جميعهم ان فى كل واحدة منهما نصف الدية الا ما روى عن سعيد بن المسيب انه قال في البيضة اليسرى ثلثا الدية لان الولد يكون منها وفى اليمنى ثلث الدية فهذه مسائل الاعضاء المزدوجة . وأما المفردة فان جمهورهم على على ان في اللسان خطأ الدية وذلك مروى عن النبى صلى الله عليه وسلم وذلك اذا قطع كله او قطع منه ما يمنع الكلام فان لم يقطع منه ما منع الكلام ففيه حكومة واختلفوا في القصاص فيه عمدا فنهم من لم ير فيه قصاصاً وأوجب الدية وهم مالك والشافعى والكوفي لكن الشافعى يرى الدية في مال الجانى والكوفي ومالك على العاقلة وقال الليث وغيره في اللسان عمداً القصاص . وأما الانف فأجمعوا على انه اذا أوعب جدعا على ان فيه الدية على ما في الحديث وسواء عند مالك ذهب الشم أو لم يذهب وعنده انه اذا ذهب أحدهما ففيه الدية وفي ذهاب احدهما بعد الآخر الدية الكاملة وأجمعوا على أن في الذكر الصحيح الذى يكون به الوطء الدية كاملة واختلفوا فى ذكر العنين والخصى كما اختلفوا في لسان الاخرس وفي اليد الشلاء فنهم من جعل فيها الدية ومنهم من جعل فيها حكومة ومنهم من قال فى ذكر الخصى والعنين ثلث الدية والذى عليه الجمهور ان فيه حكومة واقل ما يجب فيه الدية عند مالك قطع الحشفة ثم في باقى الذكر حكومة . وأما عين الاعور فللعلماء فيه قولان ، احدهما ان فيه الدية كاملة واليه ذهب مالك وجماعة من أهل المدينة وبه قال الليث وقضى به عمر بن عبد العزيز وهو قول ابن عمر وقال الشافعى وابو حنيفة والثورى فيها نصف الدية كما في عين الصحيح وهو مروى عن جماعة من التابعين وعمدة الفريق الاول ان العين الواحدة للاعور بمنزلة العينين جميعا لغير الاعور وعمدة الفريق الثانى حديث عمرو بن حزم أعنى عموم قوله وفى العين نصف الدية وقياسا أيضا على اجماعهم انه ليس على من قطع يد من له يد واحدة الا نصف الدية ☆ فسبب اختلافهم في هذا معارضة العموم للقياس ومعارضة القياس للقياس ومن احسن ما قيل فيمن ضرب عين رجل فاذهب بعض بصرها ما روى من ذلك عن على رضى الله عنه انه امر بالذى اصيب بصره بان عصبت عينه الصحيحة وأعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى لم يبصرها فخط عند اول ذلك خطا في الارض ثم أمر بعينه المصابة فعصبت وفتحت الصحيحة وأعطى رجلا البيضة بعينها فانطلق بها

وهو ينظر اليها حتى خفيت عنه فخط ايضاعند اول ما خفيت عنه في الأرض خطاثم علم ما بين الخطين من المسافة وعلم مقدار ذلك من منتهى رؤية العين الصحيحة فاعطاه قدر ذلك من الدية ويختبر صدقه في مسافة ادراك العين العليلة والصحيحة بأن يختبر ذلك منه مرارا شتى في مواضع مختلفة فان خرجت مسافة تلك المواضع التى ذكر واحدة علمنا أنه صادق واختلاف العلماء في الجناية على العين القائمة الشكل التى ذهب بصرها فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة فيها حكومة وقال زيد بن ثابت فيها عشر الدية مائة دينار وحمل ذلك الشافعي على أنه كان ذلك من زيد تقويما لا توقيتا وروى عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عباس أنهما قضيا في العين القائمة الشكل واليد الشلاء والسن السوداء في كل واحدة منها ثلث الدية وقال مالك تتم دية السن باسودادها ثم في قلعها بعد اسودادها دية واختلاف العلماء في الاعور يفقأ عين الصحيح عمداً فقال الجمهور ان أحب فله القود وان عفا فله الدية قال قوم كاملة وقال قوم نصفها وبه قال الشافعي وابن القاسم وبكلا القولين قال مالك وبالدية كاملة قال المغيرة من أصحابه وابن دينار وقال الكوفيون ليس للصحيح الذى فقئت عينه الا القود أو ما اصطلحوا عليه . وعمدة من رأى جميع الدية عليه اذا عفا عن القود أنه يجب عليه دية ما ترك له وهى العين العوراء وهي دية كاملة عند كثير من أهل العلم ومذهب عمر وعثمان وابن عمر أن عين الاعور اذا فقئت وجب فيها الف دينار لانها في حقه في معنى العينين كلتيهما لا العين الواحدة فاذا تركها له وجبت عليه ديتها وعمدة أولئك البقاء على الاصل أعنى أن في العين الوحدة نصف الدية وعمدة أبى حنيفة أن العمد ليس فيه دية محدودة وهذه المسئلة قد ذكرت في باب القود في الجراح وقال جمهور العلماء وأئمة الفتوى مالك وأبو حنيفة والشافعي والثوري وغيرهم ان في كل أصبع عشراً من الابل وأن الاصابع في ذلك سواء وان في كل أنملة ثلث العشر الا ما له من الاصابع أنملتان كالابهام ففي أنملته خمس من الابل وعمدتهم في ذلك ما جاء في حديث عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وفي كل أصبع مما هنالك عشر من الابل وخرج عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في الاصابع بعشر العشر وهو قول على وابن مسعود وابن عباس وهى عندهم على أهل الورق بحسب ما يرى واحد واحد منهم في الدية من الورق فهى عند من يرى انها اثنا عشر الف درهم عشرها وعند من يرى أنها عشرة آلاف عشرها وروى عن السلف المتقدم اختلاف في عقل الاصابع فروى عن عمر بن الخطاب انه قضى في الابهام والتى تليها بعقل نصف الدية

وفي الوسطى بعشر فرائض وفي التى تليها بتسع وفي الخنصر بست وروى عن مجاهد أنه قال فى الابهام خمسة عشرمن الابل وفي التى تليها عشروفي الوسطى عشر وفي التى تليها ثمان وفي الخنصر سبع . وأما الترقوة والضلع ففيهما عند جمهور فقهاءالامصار حكومة وروى عن بعض السلف فيها توقيت وروى عن مالك ان عمر بن الخطاب قضى في الضرس بجمل والضلع بجمل وفى الترقوة بجمل وقال سعيد بن جبيرفي الترقوة بعيران وقال قتادة اربعة أبعرة وعمدة فقهاء الامصار ان مالم يثبت فيه عن النبى صلى الله عليه وسلم توقيت فليس فيه الا حكومة وجمهور فقهاء الامصار على أن في كل سن من اسنان الفم خمسا من الابل وبه قال ابن عباس وروى مالك عن عمر انه قضى في الضرس بجمل وذلك فيما لم يكن منها في مقدم الفم . وأما التى في مقدم الفم فلااختلاف أن فيها خمسا من الابل وقال سعيد بن المسيب في الاضراس بعيران وروى عن مالك ان مروان بن الحكم اعترض في ذلك على ابن عباس فقال انجعل مقدم الاسنان مثل الاضراس فقال ابن عباس لولم يعتبر ذلك الا بالاصابع عقلها سواء وعمدة والجمهور في ذلك ماثبت عن النبى عليه الصلاة والسلام انه قال في السن خمس وذلك من حديث عمرو بن حزم عن ابيه عن جده واسم السن ينطلق على التى في مقدم الفم ومؤخره وتشبيهها أيضا بالاصابع التى أستوت ديتها وان اختلفت منافعها وعمدة من خالف بينهما ان الشرع يوجد فيه تفاضل الديات لتفاضل الاعضاء مع انه يشبه أن يكون من صار الى ذلك من الصدر الاول انما صار اليه عن توقيف وجميع هذه الاعضاء التى تثبت الدية فيها خطأ فيها القود في قطع ماقطع وقلع ما قلع . واختلفوا فى كسر ما كسر منها مثل الساق والذراع هل فيه قود أم لا فذهب مالك وأصحابه الى أن القود في كسر جميع العظام الا الفخذ والصلب وقال الشافعى والليث لاقصاص فى عظم من العظام يكسر وبه قال أبو حنيفة الا أنه استثنى السن وروى عن ابن عباس أنه لا قصاص في عظم وكذلك عن عمر قال أبو عمر بن عبد البرثبت ان النبى صلى الله عليه وسلم أقاد في السن المكسورة من حديث أنس قال وقد روى من حديث آخرأن النبى عليه الصلاة والسلام لم يقدمن العظم من المقطوع فى غير المفصل الا أنه ليس بالقوى وروى عن مالك أن أبا بكر بن محمد بن عمر بن حزم أقاد من كسر الفخذ واتفقوا على أن دية المرأة نصف دية الرجل في النفس واختلفوا في ديات الشجاج واعضائها فقال جمهور فقهاء المدينة تساوى المرأة الرجل في عقلها من الشجاج والاعضاء الى أن تبلغ ثلث الدية فاذا بلغت ثلث الدية عادت ديتها الى النصف من دية الرجل اعنى دية أعضائها من اعضائه مثال ذلك

ان في كل أصبع من أصابعهـا عشرا من الابل وفي اثنين منها عشرون وفى ثلاثة ثلاثون وفي أربعة عشرون وبه قال مالك وأصحابه والليث بن سعدورواه مالك عن سعيد بن المسيب وعن عروة بن الزبير وهو قول زيد بن ثابت ومذهب عمر بن عبد العزيز وقالت طائفة بل دية جراحة المرأة مثل دية جراحة الرجل الى الموضحة ثم تكون ديتها على النصف من دية الرجل وهوالاشهر من قولى ابن مسعود وهومروى عن عثمان وبه قال شريح وجماعة وقال قوم بل دية المرأة في جراحها وأطرافهاعلى النصف من دية الرجل في قليل ذلك وكثيره وهو قول على رضى الله عنـه وروى ذلك عن ابن مسعود الا ان الاشهر عنه هو ماذكرناه اولا وبهذا القول قال ابو حنيفة والشافعى والثورى وعمدة قائل هذا القول ان الاصل هو أن دية المرأة نصف دية الرجل فواجب التمسك بهذا الاصل حتى يأتى دليل من السماع الثابت اذ القياس في الديات لايجوز وبخاصة لكون القول بالفرق بين القليل والكثيرمخالفا للقياس ولذلك قال ربيعة لسعيد مايأتى ذكره عنه والاعتماد للطائفة الاولى الا مراسل ومارووى عن سعيد بن المسيب حين سأله ربيعة بن ابى عبدالرحمن كم في أربع من اصابعهاقال عشرون قلت حين عظم جرحها واشتدت بليتها نقص عقلها قال أعراقى أنت قلت بل عالم متثبت أوجاهل متعلم قال هى السنة وروى أيضا عن النبى عليه الصلاة والسلام من مرسل عمرو بن شعيب عن أبيه وعكرمة وقدرأى قوم أن قول الصحابى اذا خالف القياس وجب العمل به لانه يعلم أنه لم يترك القول به الا عن توقيف لكن في هـذا ضعف اذا كان يمكن أن يترك القول به امالانه لا يرى القياس واما لانه عارضـه في ذلك قياس ثان أو قلد في ذلك غيره فهذه حال ديات جراح الاحرار والجناية على أعضائهم الذكور منهم والاناث وأما جراح العبيد وقطع أعضائهم فان العلماء اختلفوا فيها على قولين فنهم من رأى ان في جراحهـم وقطع أعضائهم مانقص من ثمن العبد ومنهـم من رأى أن الواجب في ذلك من قيمته قـدر ما في ذلك الجراح من ديته فيكون في موضحتـه نصف عشر قيمته وفي عينه نصف قيمته وبه قال أبو حنيفة والشافعى وهو قول عمر وعلى وقال مالك يعتبر في ذلك كلـه ما نقص من ثمنه الا موضحته ومنقلته ومأمومته ففيها من ثمنـه قدر ما فيها الحر من ديته وعمدة الفريق الاول تشبيهه بالعروض وعمدة الفريق الثانى تشبيهه بالحـر اذ هو مسلم ومكلف ولا خلاف بينهم ان دية الخطأ من هـذه اذا جاوزت الثلث على العاقلة واختلف فيما دون ذلك فقال مالك وفقهاء المدينة السبعة وجماعة أن العاقلة لا تحمل من ذلك الا الثلث فما زاد وقال أبو حنيفة تحمل من ذلك العشر فـا

فوقه من الدية الكاملة وقال الثورى وابن شبرمة الموضحة فما زاد على العاقلة وقال الشافعي وعثمان البتى تحمل العاقلة القليل والكثير من دية الخطأ وعمدة الشافعي هي أن الاصل هو ان العاقلة هي التى تحمل دية الخطأ فمن خصص من ذلك شيئاً فعليه الدليل ولا عمدة للفريق المتقدم الا ان ذلك معمول به ومشهور وهنا انقضى هذا الكتاب والحمد لله حق حمده .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب القسامة)

ختلف العلماء في القسامة في أربعة مواضع تجرى مجرى الاصول لفروع هذا الباب .

(المسئلة الاولى) هل يجب الحكم بالقسامة أم لا ، الثانية اذا قلنا بوجوبها هل يجب بها الدم أو الدية أو دفع مجرد الدعوى ، المسئلة الثالثة هل يبدأ بالايمان فيها المدعون أو المدعى عليهم وكم عدد الحالفين من الاولياء ، المسئلة الرابعة فيما يعد لوثاً يجب به ان يبدأ المدعون بالايمان.

(المسئلة الاولى) أما وجوب الحكم بها على الجملة فقال به جمهور فقهاء الامصار مالك والشافعي وأبو حنيفة واحمد وسفيان وداود وأصحابهم وغير ذلك من فقهاء الامصار وقالت طائفة من العلماء سالم بن عبد الله وأبو قلابة وعمر بن عبد العزيز وابن علية لايجوز الحكم بها .عمدة الجمهور ماثبت عنه عليه الصلاة والسلام من حديث حويصة ومحيصة وهو حديث متفق على صحته من أهل الحديث الا أنهم مختلفون في ألفاظه على ما سيأتى بعد وعمدة الفريق الثانى لوجوب الحكم بها ان القسامة مخالفة لاصول الشرع المجمع على صحتها فنها أن الاصل في الشرع أن لا يحلف أحد الا على ماعلم قطعا أو شاهد حسا واذا كان ذلك كذلك فكيف يقسم أولياء الدم وهم لم يشاهدوا القتل بل قد يكونون فى بلد والقتل في بلد آخر ولذلك روى البخارى عن أبى قلابة ان عمر بن عبد العزيز ابرز سريره يوما للناس ثم اذن لهم فدخلوا عليه فقال ماتقولون في القسامة فاضب القوم وقالوا نقول ان القسامة القود بها حق قد أقاد بها الخلفاء فقال ماتقول ياأبا قلابة ونصبنى للناس فقلت يا امير المؤمنين عندك اشراف العرب ورؤساء الاجناد

أرأيت لوان خمسين رجلا شهدوا على رجل أنه زنا بدمشق ولم يروه أكنت ترجمه قال
لاقلت أفرأيت لو ان خمسين رجلا شهدوا عندك على رجل انه سرق بحمص ولم يروه
أ كنت تقطعه قال لا وفي بعض الروايات قلت فما بالهم اذا شهدوا أنه قتله بارض
كذا وهم عندك أقدت بشهادتهم قال فكتب عمر بن عبد العزيز في القسامة انهم ان
أقاموا شاهدى عدل ان فلانا قتله فاقده ولا يقتل بشهادة الخمسين الذين أقسموا
قالوا ومنها أن من الاصول ان الايمان ليس لها تأثير في اشاطة الدماء ومنها أن
من الاصول ان البينة على من أدعى واليمين على من أنكر ومن حجتهم أنهم لم يروا
في تلك الاحاديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم بالقسامة وانما كانت حكما
جاهليا فتلطف لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليريهم كيف لا يلزم الحكم بها على
اصول الاسلام ولذلك قال لهم أتحلفون خمسين يمينا أعنى لولاة الدم وهم الانصار قالوا
كيف نحلف ولم نشاهد قال فيحلف لكم اليهود قالوا كيف نقبل أيمان قوم كفار
قالوا فلو كانت السنة أن يحلفوا وان لم يشهدوا لقال لهم رسول الله صلى الله عليه
وسلم هي السنة قال واذا كانت هذه الآثار غير نص في القضاء بالقسامة والتأويل
يتطرق اليها فصرفها بالتأويل الى الاصول أولى . وأما القائلون بها وبخاصة مالك
فرأى أن سنة القسامة سنة منفردة بنفسها مخصصة للاصول كسائر السنن
المخصصة وزعم أن العلة في ذلك حوطة الدماء وذلك أن القتل لما كان يكثر
وكان يقل قيام الشهادة عليه لكون القاتل انما يتحرى بالقتل مواضع الخلوات
جعلت هذه السنة حفظا للدماء لكن هذه العلة تدخل عليه فى قطاع الطريق
والسراق وذلك ان السارق تعسر الشهادة عليه وكذلك قاطع الطريق فلهذا أجاز
مالك شهادة المسلوبين على السالبين مع مخالفة ذلك للاصول وذلك أن المسلوبين مدعون
على سلبهم والله أعلم .

(المسئلة الثانية) اختلف العلماء القائلون بالقسامة فيما يجب بها فقال مالك
وأحمد يستحق بها الدم فى العمد والدية فى الخطأ وقال الشافعى والثورى
وجماعة تستحق بها الدية فقط وقال بعض الكوفيين لا يستحق بها الا دفع الدعوى
على الاصل فى ان اليمين انما تجب على المدعى عليه وقال بعضهم بل يحلف المدعى
عليه ويغرم الدية فعلى هذا انما يستحق منها دفع القود فقط فيكون فيما يستحق المقسوم
أربعة أقوال فعمدة مالك ومن قال بقوله ما رواه من حديث ابن ابى ليلى عن سهل
ابن أبى حثمة وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم تحلفون وتستحقون دم
صاحبكم وكذلك ما رواه من مرسل بشير بن بشار وفيه فقال لهم رسول الله صلى الله

عليه وسلم أتحلفون خمسين يمينا وتستحقون دم صاحبكم أو قاتلكم . وأما عمدة من أوجب بها الدية فقط فهو ان الايمان يوجد لها تأثير فى استحقاق الاموال أعنى فى الشرع مثل ماثبت من الحكم فى الاموال باليمين والشاهد ومثل مايجب المال بنكول المدعى عليه أو بالنكول وقلبها على المدعى عند من يقول بقلب اليمين مع النكول مع ان حديث مالك عن ابن أبى ليلى ضعيف لانه رجل مجهول لم يرو عنه غير مالك وقيل فيه ايضا انه لم يسمع من سهل وحديث بشير بن يسار قد اختلف في اسناده فارسله مالك واسنده غيره (قال القاضى) يشبه ان تكون هذه العلة هى السبب في ان لم يخرج البخارى هذين الحديثين واعتضد عندهم القياس في ذلك بما روى عن عمر رضى الله عنه انه قال لاقود بالقسامة ولكن يستحق بها الدية . واما الذين قالوا انما يستحق بها دفع الدعوى فقط فعمدتهم ان الاصل هو أن الايمان على المدعى عليه والاحاديث التى نذكرها فيما بعد ان شاء الله .

(المسئلة الثالثة) واختلف القائلون بالقسامة أعنى الذين قالوا انها يستوجب بها مال أودم فيمن يبدأ بالايمان الخمسين على ماورد فى الآثار فقال الشافعى واحمد وداود بن على وغيرهم يبدأ المدعون وقال فقهاء الكوفة والبصرة وكثير من أهل المدينة بل يبدأ المدعى عليهم بالايمان وعمدة من بدأ بالمدعين حديث مالك عن ابن أبى ليلى عن سهل بن أبى حثمة ومرسله عن بشير بن يسار وعمدة من رأى التبدئة بالمدعى عليهم ماخرجه البخارى عن سعيد بن عبيد الطائى عن بشير بن يسار أن رجلا من الانصار يقال له سهيل بن حثمة وفيه فقال رسول الله صلى الله عليه تأتون بالبينة على من قتله قالوا مالنا بينة قال فيحلفون لكم قالوا ما نرضى بايمان يهود وكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يبطل دمه فوداه بماية بعير من ابل الصدقة قال القاضى وهذا نص فى أنه لا يستوجب بالايمان الخمسين الا دفع الدعوى فقط واحتجوا أيضا بما خرجه أبو داود أيضا عن أبى سلمة ابن أبى عبد الرحمن وسليمان بن يسار عن رجال من كبراء الانصار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود وبدأ بهم أيحلف منكم خمسون رجلا خمسين يمينا فابوا فقال للانصار احلفوا فقالوا أنحلف على الغيب يا رسول الله فجعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم دية على يهود لانه وجد بين أظهرهم وبهذا تمسك من جعل اليمين فى حق المدعى عليهم وألزمهم الغرم مع ذلك وهو حديث صحيح الاسناد لانه رواه الثقات عن الزهرى عن أبى سلمة وروى الكوفيون ذلك عن عمر أعنى أنه قضى على المدعى عليهم اباليمين والدية وخرج مثله أيضا من تبدئة اليهود بالايمان عن رافع بن خديج واحتج هؤلاء القوم على مالك بما روى عن ابن شهاب الزهرى عن سليمان بن يسار وعراك بن

مالك ان عمر بن الخطاب قال للجهنى الذى ادعى دم وليه على رجل من بنى سعد وكان أجرى فرسه فوطىء على أصبع الجهنى فنزى فيها فمات فقال عمر للذى ادعى عليهم أتحلفون بالله خمسين يمينا مامات منها فابوا أن يحلفوا وتحرجوا فقال للمدعين احلفوا فابوا فقضى عليهم بشطر الدية قالوا وأحاديثنا هذه أولى من التى روى فيها تبدئة المدعين بالايمان لان الاصل شاهد لاحاديثنا من أن اليمين على المدعى عليه قال ابو عمر والاحاديث المتعارضة فى ذلك مشهور .

(المسئلة الرابعة) وهي موجب القسامة عند القائلين بها أجمع جمهور العلماء القائلون بها انها لاتجب الا بشبهة واختلفوا فى الشبهة ماهى فقال الشافعى اذا كانت الشبهة في معنى الشبهة التى قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقسامة وهو ان يوجد قتيل فى محلة قوم لايخالطهم غيرهم وبين أولئك القوم وبين قوم المقتول عداوة كما كانت العداوة بين الانصار واليهود وكانت خيبر دار اليهود مختصة بهم ووجد فيها القتيل من الانصار قال وكذلك لو وجد فى ناحية قتيل والى جانبه رجل مختضب بالدم وكذلك لو دخل على نفر بيتا فوجد بينهم قتيل وما أشبه هذه الشبهة مما يغلب على ظن الحكام ان المدعى محق لقيام تلك الشبهة وقال مالك بنحو من هذا أعنى ان القسامة لاتجب الا بلوث والشاهد الواحد عنده اذا كان عدلا لوث باتفاق عند أصحابه واختلفوا اذا لم يكن عدلا وكذلك وافق الشافعى في قرينة الحال المخيلة مثل أن يوجد قتيل متشحطا بدمه وبقربه انسان بيده حديدة مدماة الا أن مالكا يرى أن وجود القتيل في المحلة ليس لوثا وان كانت هنالك عداوة بين القوم الذين منهم القتيل وبين أهل المحلة واذا كان ذلك كذلك لم يبق ههنا شىء يجب أن يكون أصلا لاشتراط اللوث فى وجوبها ولذلك لم يقل بها قوم وقال أبوحنيفة وصاحباه اذا وجد قتيل فى محلة قوم وبه أثر وجبت القسامة على أهل المحلة ومن أهل العلم من أوجب القسامة بنفس وجود القتيل في المحلة دون سائر الشرائط التى اشترط الشافعى ودون وجود الاثر بالقتيل الذى اشترطه أبو حنيفة وهو مروى عن عمر وعلى وابن مسعود وقال به الزهرى وجماعة من التابعين وهو مذهب ابن حزم قال القسامة تجب متى وجد قتيل لا يعرف من قتله أينما وجد فادعى ولاة الدم على رجل وحلف منهم خمسون رجلا خمسين يمينا فان هم حلفوا على العمد فالقود وان حلفوا على الخطأ فالدية وليس يحلف عنده أقل من خمسين رجلا وعند مالك رجلان فصاعدا من أولئك وقال داود لا أقضى بالقسامة الا في مثل السبب الذى قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وانفرد مالك والليث من بين فقهاء الامصار القائلين بالقسامة فجعلا قول المقتول فلان قتلنى

لوثا يوجب القسامة وكل قال بما غلب على ظنه انه شبهة يوجب القسامة ولمكان الشبه رأى تبدئة المدعين بالايمان من رأى ذلك منهم فان الشبه عند مالك تنقل اليمين من المدعى عليه الى المدعى اذ سبب تعليق الشرع عنده اليمين بالمدعى عليه انما هو لقوة شبهته فيما ينفيه عن نفسه وكانه شبه ذلك باليمين مع الشاهد فى الاموال . واما القول بان نفس الدعوى شبهة فضعيف ومفارق للاصول والنص لقوله عليه الصلاة والسلام لو يعطى الناس بدعاويهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه وهو حديث ثابت من حديث ابن عبـاس وخرجه مسلم فى صحيحه وما احتجت به المالكية من قصـة بقرة بنى اسرائيل فضعيف لان التصديق هنالك أسند الى الفعل الخارق للعادة واختلف الذين أوجبوا القود بالقسامة هل يقتل بها أكثر من واحـد فقال مالك لا تكون القسامة الا على واحد وبه قال أحمد بن حنبل وقال أشهب يقسم على الجماعة ويقتل منها واحد يعينه الاولياء وهو ضعيف وقال المغيرة المخزومى كل من قسم عليه قتل وقال مالك والليث اذا شهد اثنان عدلان ان انساناً ضرب آخر وبقى المضروب أياما بعد الضرب ثم مات أقسم أولياء المضروب انه مات من ذلك الضرب وقيـد به وهذا كله ضعيف . واختلفوا فى القسامة فى العبد فبعض اثبتها وبه قال أبو حنيفة تشبيهاً بالحر وبعض نفاها تشبيهاً بالبهيمة وبها قال مالك والدية عندهم فيها فى مال القاتل ولا يحلف فيها اقل من خمسين رجلا خمسين يميناً عند مالك ولا يحلف عنده أقل من اثنين فى الدم ويحلف الواحد فى الخطأ وان نكل عنده أحـد من ولاة الدم بطل القود وصحت الدية فى حق من لم ينـكل أعنى حظه منها وقال الزهرى ان نكل منهم أحد بطلت الدية فى حق الجميع وفروع هذا الباب كثيرة (قال القاضى) والقول فى القسامة هو داخل فيما تثبت به الدماء وهو فى الحقيقة جزء من كتاب الاقضية ولكن ذكرناه هنا على عادتهم وذلك أنه اذا ورد قضاء خاص بجنس من أجناس الامور الشرعية رأوا أن الاولى أن يذكر فى ذلك الجنس وأما القضاء الذى يعم أكثر من جنس واحد من أجناس الاشياء التى يقع فيها القضاء فيذكر فى كتاب الاقضية وقد تجدهم يفعلون الامرين جميعا كما فعل مالك فى الموطأ فانه ساق فيه الاقضية من كل كتاب .

---

*

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

كتاب أحكام في الزنا

والنظر في أصول هذا الكتاب في حد الزنا وفي أصناف الزناة وفي العقوبات لكل صنف صنف منهم وفيما تثبت به هذه الفاحشة .

(الباب الاول)

فاما الزنا فهو كل وطء وقع على غير نكاح صحيح ولا شبهة نكاح ولا بملك يمين وهذا متفق عليه بالجملة من علماء الاسلام وان كانوا اختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحدود مما ليس بشبهة دارئة وفي ذلك مسائل نذكر منها أشهرها فمنها الامة يقع عليها الرجل وله فيها شرك فقال مالك يدرأ عنه الحد وان ولدت ألحق الولد به وقومت عليه وبه قال أبو حنيفة وقال بعضهم يعزر وقال أبو ثور عليه الحد كاملا اذا علم الحرمة . وحجة الجماعة قوله عليه الصلاة والسلام : ادرءوا الحدود بالشبهات والذين درءوا الحدود اختلفوا هل يلزمه من صداق المثل بقدر نصيبه أم لا يلزم ✡ وسبب الخلاف هل ذلك الذى يملك منها يغلب حكمه على الجزء الذى لا يملك أم حكم الذى لا يملك يغلب على حكم الذى يملك فان حكم ما ملك الحلية وحكم ما لم يملك الحرمية ✡ ومنها اختلافهم في الرجل المجاهد يطأ جارية من المغنم فقال قوم عليه الحد ودرأ قوم عنه الحد وهو أشبه والسبب في هذه وفي التى قبلها واحد والله أعلم ✡ ومنها أن يحل رجل لرجل وطء خادمه فقال مالك يدرأ عنه الحد وقال غيره يعزر وقال بعض الناس بل هى هبة مقبوضة والرقبة تابعة للفرج ومنها الرجل يقع على جارية ابنه أو ابنته فقال الجمهور لاحد عليه لقوله عليه الصلاة والسلام لرجل خاطبه : انت ومالك لابيك ولقوله عليه الصلاة والسلام : لا يقاد الوالد بالولد ولاجماعهم على أنه لا يقطع فيما سرق من مال ولده ولذلك قالوا تقوم عليه حملت أم لم تحمل لانها قد حرمت على ابنه فكأنه استهلكها ومن الحجة لهم أيضا اجماعهم على أن الاب لو قتل ابن ابنه لم يكن للابن أن يقتص من أبيه وكذلك كل من كان الابن له وليا ✡ ومنها الرجل يطأ جارية زوجته

اختلف العلماء فيه على أربعة أقوال فقال مالك والجمهور عليه الحد كاملا وقالت طائفة ليس عليه الحد وتقوم عليه فيغرمها لزوجته ان كانت طاوعته وان كان استكرهها قومت عليه وهي حرة وبه قال أحمد واسحق وهو قول ابن مسعود والاول قول عمر ورواه مالك في الموطأ عنه وقال قوم عليه مائة جلدة فقط سواء كان محصنا أو ثيباً وقال قوم عليه التعزير فعمدة من أوجب عليه الحد انه وطىء دون ملك تام ولا شركة ملك ولا نكاح فوجب الحد وعمدة من درأ الحديث ماثبت ان رسول الله عليه الصلاة والسلام قضى في رجل وطىء جارية امرأته انه كان استكرهها فهى حرة وعليه مثلها لسيدتها وان كانت طاوعته فهى له وعليه لسيدتها مثلها وأيضا فان له شبهة في مالها بدليل قوله عليه الصلاة والسلام تنكح المرأة لثلاث فذكر مالها ويقوى هذا المعنى على أصل من يرى ان المرأة محجور عليها من زوجها فيما فوق الثلث أو في الثلث فما فوقه وهو مذهب مالك ✡ ومنها مايراه أبو حنيفة من دره الحد عن واطىء المستأجرة والجمهور على خلاف ذلك وقوله في ذلك ضعيف ومرغوب عنه وكانه رأى ان هذه المنفعة أشبهت سائر المنافع التى استأجرها عليها فدخلت الشبهة وأشبه نكاح المتعة ✱ ومنها دره الحد عمن امتنع اختلف فيه أيضا وبالجملة فالانكحة الفاسدة داخلة في هذا الباب وأكثرها عند مالك تدرأ الحد الا ما انعقد منها على شخص مؤبد التحريم بالقرابة مثل الام وما أشبه ذلك مما لايعذر فيه بالجهل .

الباب الثاني

والزناة الذين تختلف العقوبة باختلافهم أربعة أصناف محصنون. ثيب. وابكار وأحرار وعبيد وذكور وأناث ✡ والحدود الاسلامية ثلاثة رجم وجلد وتغريب فاما الثيب الاحرار المحصنون فان المسلمين أجمعوا على أن حدهم الرجم الا فرقة من اهل الاهواء فانهم رأوا ان حد كل زان الجلد وانما صار الجمهور للرجم لثبوت احاديث الرجم فخصصوا الكتاب بالسنة أعنى قوله تعالى « الزانية والزانى » الآية واختلفوا في موضعين ، احدهما هل يجلدون مع الرجم أم لا ، والموضع الثانى في شروط الاحصان .

(أما المسئلة الاولى) فان العلماء اختلفوا هل يجلد من وجب عليه الرجم قبل الرجم ام لا فقال الجمهور لا جلد على من وجب عليه الرجم وقال الحسن البصرى واسحق واحمد وداود الزانى المحصن يجلد ثم يرجم عمدة الجمهور ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ماعزاً ورجم

امرأة من جهينة ورجم يهوديين وامرأة من عامر من الازد كل ذلك مخرج في الصحاح ولم يروأنه جلد واحداً منهم ومن جهة المعنى ان الحد الاصغر ينطوى في الحد الاكبر وذلك ان الحد انما وضع للزجر فلا تأثير للزجر بالضرب مع الرجم وعمدة الفريق الثانى عموم قوله تعالى (الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) فلم يخص محصن من غير محصن واحتجوا أيضا بحديث على رضى الله عنه خرجه مسلم وغيره ان عليا رضى الله عنه جلد شراحة الهمدانية يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسوله وحديث عبادة بن الصامت وفيه أن النبي عليه الصلاة والسلام قال : خذوا عنى قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم بالحجارة . وأما الاحصان فانهم اتفقوا على انه من شرط الرجم واختلفوا في شروطه فقال مالك البلوغ والاسلام والحرية والوطء في عقد صحيح وحالة جائز فيها الوطء والوطء المحظور هو عنده الوطء في الحيض أو في الصيام فاذا زدنا بعد الوطء الذى هو بهذه الصفة وهو بهذه الصفات فحده عنده الرجم ووافق ابو حنيفة مالكا في هذه الشروط الا في الوطء المحظور واشترط في الحرية أن تكون من الطرفين أعنى أن يكون الزانى والزانية حرين ولم يشترط الاسلام الشافعى وعمدة الشافعى ما رواه مالك عن نافع عن بن عمر وهو حديث متفق عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهودية واليهودى اللذين زنيا اذ رفع اليه أمرهما والله تعالى يقول (وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط » وعمدة مالك من طريق المعنى ان الاحصان عنده فضيلة ولا فضيلة مع عدم الاسلام وهذا مبناه على ان الوطء في نكاح صحيح هو مندوب اليه فهذا هو حكم الثيب . واما الابكار فان المسلمين أجمعوا على ان حد البكر فى الزنا جلد مائة لقوله تعالى « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » واختلفوا في التغريب مع الجلد فقال أبو حنيفة وأصحابه لاتغريب أصلا وقال الشافعى لابد من التغريب مع الجلد لكل زان ذكرا كان اوانثى حراً كان أوعبداً وقال مالك يغرب الرجل ولا تغرب المرأة وبه قال الاوزاعى ولاتغريب عند مالك على العبيد فعمدة من وجب التغريب على الاطلاق حديث عبادة بن الصامت المتقدم وفيه البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وكذلك ماخرج اهل الصحاح عن ابى هريرة وزيد بن خالد الجهنى انهما قالا ان رجلا من الاعراب اتى النبي عليه الصلاة والسلام قال يارسول الله أنشدك الله الا قضيت لى بكتاب الله فقال الخصم وهو افقه منه نعم اقض بيننا بكتاب الله وائذن لى أن أتكلم فقال له النبي قل قال ان ابنى كان عسيفا على هذا فزنا بامرأته وانى اخبرت أن على ابنى الرجم فافتديته بمائة شاة ووليدة فسألت اهل العلم فأخبرونى انما على ابنى جلد مائة

تغريب عام وان على امرأة هذا الرجم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم والذى نفسى بيده لا قضين بينكما بكتاب الله اما الوليدة والغنم فرد عليك وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فغدا عليها انيس فاعترفت فامر النبى عليه الصلاة والسلام بها فرجمت ومن خصص المرأة من هذا العموم فانما خصصه بالقياس لانه رأى ان المرأة تعرض بالغربة لاكثر من الزنا وهذا من القياس المرسل أعنى المصلحى الذى كثيراً ما يقول به مالك . وأما عمدة الحنفية فظاهر الكتاب وهو مبنى على رأيهم أن الزيادة على النص نسخ وأنه ليس ينسخ الكتاب باخبار الاحاد ورووا عن عمر وغيره انه حد ولم يغرب وروى الكوفيون عن أبى بكر وعمر انهم غربوا واما حكم العبيد فى هذه الفاحشة فان العبيد صنفان ذكور وأناث اما الاناث فان العلماء اجمعوا على ان الامة اذا تزوجت وزنت ان حدها خمسون جلدة لقوله تعالى « فاذا احصن فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب » واختلفوا اذا لم تتزوج فقال جمهور فقهاء الامصار حدها خمسون جلدة وقالت طائفة لاحد عليها وانما عليها تعزير فقط وروى ذلك عن عمر بن الخطاب وقال قوم لا حد على الامة اصلا ✡ والسبب فى اختلافهم الاشتراك الذى فى اسم الاحصان فى قوله تعالى (فاذا احصن) فمن فهم من الاحصان التزوج وقال بدليل الخطاب قال لا تجلد الغير المتزوجة ومن فهم من الاحصان الاسلام جعله عاما فى المتزوجة وغيرها واحتج (١) من لم ير على غير المتزوجة حدا بحديث ابى هريرة وزيد بن خالد الجهنى ان النبى عليه السلام سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن فقال ثم ان زنت فاجلدوها ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بظفير . وأما الذكر من العبيد ففقهاء الامصار على ان حد العبد نصف حد الحر قياسا على الامة وقال اهل الظاهر بل حده مائة جلدة مصيراً الى عموم قوله تعالى (فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) ولم يخصص حراً من عبد ومن الناس من درأ الحد عنه قياسا على الامة وهو شاذ وروى عن ابن عباس فهذا هو القول فى اصناف الحدود واصناف المحدودين والشرائط الموجبة للحد فى واحد واحد منهم ويتعلق بهذا القول فى كيفية الحدود وفى وقتها فاما كيفيتها فمن مشهور المسائل الواقعة فى هذا الجنس اختلافهم فى الحفر للمرجوم فقالت طائفة يحفر له وروى ذلك عن على فى شراحة الهمدانية حين أمر برجمها وبه قال أبو ثور وفيه فلما كان يوم الجمعة أخرجها فحفر لها حفيرة فأدخلت فيها وأحدق الناس بها يرمونها فقال ليس هكذا الرجم انى أخاف ان يصيب بعضكم بعضا ولكن صفوا كما تصفون فى الصلاة ثم قال الرجم رجمان رجم سر ورجم علانية فما

---

(١) لعل صوابه واحتج على من لم ير على غير المتزوجة حداً

منه باقرار فأول من يرجم الامام ثم النـاس وما كان ببينه فأول من يرجم البينة ثم الامام ثم الناس وقال مالك وأبو حنيفة لا يحفر للمرجوم وخير فى ذلك الشافعى وقيل عنه يحفر للمرأة فقط وعمدتهم ماخرج البخارى ومسلم من حديث جابر قال جابر فرجمناه بالمصلى فلما اذلقته الحجارة فر فادركناه بالحرة فرضخناه وقد روى مسلم أنه حفر له في اليوم الرابع حفرة وبالجملة فالاحاديث في ذلك مختلفة قال أحمد أكثر الاحاديث على أن لاحفر وقال مالك يضرب في الحدود الظهر وما يقاربه وقال أبو حنيفة والشافعى يضرب سائر الاعضاء ويتقى الفرج والوجه وزاد أبو حنيفة الرأس ويجرد الرجل عند مالك في ضرب الحدود كلها وعند الشافعى وأبى حنيفة ما عدا القذف على ما سيأتى بعد ويضرب عند الجمهور قاعدا ولا يقام قائما خلافا لمن قال انه يقام لظاهر الآية ويستحب عند الجميع أن يحضر الامام عند اقامة الحدود طائفة من الناس لقوله تعالى (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) واختلفوا فيما يدل عليه اسم الطائفة فقال مالك أربعة وقيل ثلاثة وقيل اثنان وقيل سبعة وقيل ما فوقها . وأما الوقت فان الجمهور على انه لايقام فى الحر الشديد ولا فى البرد ولايقام على المريض وقال قوم يقام وبه قال أحمد واسحاق واحتجا بحديث عمر أنه أقام الحد على قدامة وهو مريض * وسبب الخلاف معارضة الظواهر للمفهوم من الحد وهو أن يقام حيث الا يغلب على ظن المقيم له فوات نفس المحدود فمن نظر الى الامر باقامة الحدود مطلقا من غير استثناء قال يحد المريض ومن نظر الى المفهوم من الحد قال لايحد المريض حتى يبرأ أو كذلك الامر في شدة الحر والبرد

الباب الثالث وهو معرفة ماتثبت به هذه الفاحشة

وأجمع العلماء على ان الزنا يثبت بالاقرار وبالشهادة واختلفوا في ثبوته بظهور الحمـل فى النساء الغـير المزوجات اذا ادعين الاستكراه وكذلك اختلفوا في شروط الاقرار وشروط الشهادة فاما الاقرار فانهم اختلفوا فيه في موضعين ، أحدهما عدد مرات الاقرار الذى يلزم به الحد ، والموضـع الثانى هل من شرطه أن لا يرجـع عن الاقرار حتى يقام عليـه الحد أماعدد الاقرار الذى يجب به الحد فان مالـكا والشافعى يقولان يكفى في وجوب الحد عليه اعترافه به مرة واحدة وبه قال داود وأبو ثور والطبرى وجماعة وقال أبو حنيفـة وأصحابه وابن أبى ليلى لايجب الحد الا باقارير أربعة مرة بعد مرة وبه قال احمد وإسحق وزاد أبو حنيفة واصحابه في مجالس متفرقة وعمدة مالك والشافعى ماجاء فى حديث أبى هريرة وزيد بن خالد من قوله عليه

الصلاة والسلام : اغديا انيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فاعترفت فرجمها ولم يذكر عددا وعمدة الكوفيين ماورد من حديث سعيد بن جبير عن ابن عباس عن النبى عليه السلام أنه رد ما عزاً حتى أقر أربع مرات ثم أمر برجمه وفي غيره من الاحاديث قالوا وما ورد في بعض الروايات أنه أقر مرة ومرتين وثلاثا تقصير ومن قصر فليس بحجة على من حفظ .

(وأما المسئلة الثانية) وهي من اعترف بالزنا ثم رجع فقال جمهور العلماء يقبل رجوعه الا ابن أبى ليلى وعثمان البتى وفصل مالك فقال ان رجع الى شبهة قبل رجوعه وأما ان رجع الى غير شبهة فعنه في ذلك روايتان . احداهما يقبل وهى الرواية المشهورة والثانية لا يقبل رجوعه وانما صار الجمهور الى تأثير الرجوع فى الاقرار لما ثبت من تقريره صلى الله عليه وسلم ما عزاً وغيره مرة بعد مرة لعله يرجع ولذلك مايجب من أوجب سقوط الحد بالرجوع أن يكون التمادى على الاقرار شرطا من شروط الحد وقد روى من طريق أن ماعزاً لما رجم ومسته الحجارة هرب فاتبعوه فقال لهم ردونى الى رسول الله عليه الصلاة والسلام فقتلوه رجما وذكروا ذلك للنبى عليه الصلاة والسلام فقال هلا تركتموه لعله يتوب فيتوب الله عليه ومن هنا تعلق الشافعى بان التوبة تسقط الحدود والجمهور على خلافه وعلى هذا يكون عدم التوبة شرطا ثالثا في وجوب الحد . وأما ثبوت الزنا بالشهود فان العلماء اتفقوا على أنه يثبت الزنا بالشهود وان العدد المشترط في الشهود أربعة بخلاف سائر الحقوق لقوله تعالى (ثم لم يأتوا باربعة شهداء) وان من صفتهم أن يكونوا عدولا وان من شرط هذه الشهادة أن تكون بمعاينة فرجه فى فرجها وانها تكون بالتصريح لا بالكناية وجمهورهم على ان من شرط هذه الشهادة ان لا تختلف لافى زمان ولا في مكان الا ماحكى عن أبى حنيفة من مسئلة الزوايا المشهورة وهو ان يشهد كل واحد من الاربعة انه رآها في ركن من البيت يطؤها غير الركن الذى رآه فيه الآخر ☆ وسبب الخلاف هل تلفق الشهادة المختلفة بالمكان أم لا تلفق كالشهادة المختلفة بالزمان وانهم أجمعوا على انها لا تلفق والمكان أشبه شىء بالزمان والظاهر من الشرع قصده الى التوثق في ثبوت هذ الحد اكثر منه في سائر الحدود واما اختلافهم في اقامة الحدود بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه فان طائفة اوجبت فيه الحد على ما ذكره مالك في الموطأ من حديث عمر وبه قال مالك الا أن تكون جاءت بامارة على استكراهها مثل ان تكون بكراً فتأتى وهى تدمى او تفضح نفسها بأثر الاستكراه وكذلك عنده الامر اذا ادعت الزوجية الا أن تقيم البينة على ذلك ماعدى الطارئة فان ابن القاسم قال اذا ادعت الزوجية وكانت طارئة قبل قولها وقال ابو حنيفة والشافعى لا يقام

عليها الحد بظهور الحمل مع دعوى الاستكراه وكذلك مع دعوى الزوجية وان لم تأت في دعوى الاستكراه بامارة ولا في دعوى الزوجية ببينة لأنها بمنزلة من اقر ثم ادعى الاستكراه ومن الحجة لهم ماجاء في حديث شراحة ان عليا رضى الله عنه قال لها استكرهت قالت لا قال فلعل رجلا أتاك في نومك قالوا وروى الاثبات عن عمر أنه قبل قول امرأة ادعت أنها ثقيلة النوم وان رجلا طرقها فمضى عنها ولم تدر من هو بعد ولا خلاف بين أهل الاسلام ان المستكرهة لاحد عليها وانما اختلفوا في وجوب الصداق لها * وسبب الخلاف هل الصداق عوض عن البضع أو هو نحلة فمن قال عوض عن البضع أوجبه في البضع في الحلية والحرمية ومن قال انه نحلة خص الله به الازواج لم يوجبه وهذا الاصل كاف في هذا الكتاب والله الموفق للصواب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب القذف)

والنظر فى هذا الكتاب في القذف والقاذف والمقذوف وفي العقوبة الواجبة فيه وبماذا تثبت والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء) الآية فاما القاذف فانهم اتفقوا على أن من شرطه وصفين وهما البلوغ والعقل وسواء كان ذكراً أو انثى حرا أو عبدا مسلما أو غير مسلم وأما المقذوف فاتفقوا على أن من شرطه ان يجتمع فيه خمسة أوصاف وهى البلوغ والحرية والعفاف والاسلام وان يكون معه آلة الزنا فان انخرم من هذه الاوصاف وصف لم يجب الحد والجمهور بالجملة على اشتراط الحرية في المقذوف ويحتمل ان يدخل في ذلك خلاف ومالك يعتبر في سن المرأة أن تطيق الوطء وأما القذف الذى يجب به الحد فاتفقوا على وجهين ، أحدهما ان يرمى القاذف المقذوف بالزنا ، والثانى ان ينفيه عن نسبه اذا كانت أمه حرة مسلمة واختلفوا ان كانت كافرة او امة فقال مالك سواء كانت حرة او امة اومسلمة او كافرة يجب الحد وقال ابراهيم النخعى لاحد عليه اذا كانت ام المقذوف امة اوكتابية وهو قياس قول الشافعى وأبى حنيفة واتفقوا ان القذف اذا كان بهذين المعنيين انه اذا كان بلفظ صريح وجب

الحد واختلفوا ان كان بتعريض فقال الشافعى وابو حنيفة والثورى وابن ابى ليلى لاحد في التعريض الا ان ابا حنيفة والشافعى يريان فيه التعزير وممن قال بقولهم من الصحابة ابن مسعود وقال مالك واصحابه في التعريض الحد وهى مسئلة وقعت في زمان عمر فشاور عمر فيها الصحابة فاختلفوا فيها عليه فرأى عمر فيها الحد وعمدة مالك ان الكناية قد تقوم بعرف العادة والاستعمال مقام النص الصريح وان كان اللفظ فيها مستعملا في غير موضعه اعنى مقولا بالاستعارة وعمدة الجمهور ان الاحتمال الذى في الاسم المستعار شبهة والحدود تدرأ بالشبهات والحق ان الكناية قد تقوم في مواضع مقام النص وقد تضعف في مواضع وذلك انه اذا لم يكثر الاستعمال لها والذى يندرىء به الحد عن القاذف ان يثبت زنا المقذوف بأربعة شهود بأجماع والشهود عند مالك اذا كانوا أقل من أربعة قذفة وعند غيره ليسوا بقذفة وانما اختلف المذهب في الشهود الذين يشهدون على شهود الاصل ☆ والسبب في اختلافهم هل يشترط في نقل شهادة كل واحد منهم عدد شهود الاصل أم يكفى فى ذلك اثنان على الاصل المعتبر فيما سوى القذف اذ كانوا ممن لا يستقل بهم نقل الشهادة من قبل العدد. وأما الحد فالنظر فيه فى جنسه وتوقيته ومسقطه أما جنسه فانهم اتفقوا على أنه ثمانون جلدة للقاذف الحر لقوله تعالى (ثمانين جلدة) واختلفوا في العبد يقذف الحر كم حده فقال الجمهور من فقهاء الامصار حده نصف حد الحر وذلك أربعون جلدة وروى ذلك عن الخلفاء الاربعة وعن ابن عباس وقالت طائفة حده حد الحر وبه قال ابن مسعود من الصحابة وعمر بن عبد العزيز وجماعة من فقهاء الامصار أبو ثور والاوزاعى وداود وأصحابه من أهل الظاهر فعمدة الجمهور قياس حده في القذف على حده في الزنا وأما أهل الظاهر فتمسكوا في ذلك بالعموم ولما أجمعوا أيضا ان حد الكتابى ثمانون فكان العبد احرى بذلك. وأما التوقيت فانهم اتفقوا على انه اذا قذف شخصاً واحداً مراراً كثيرة فعليه حد واحد اذا لم يحد لواحد منها وانه ان قذفه فحد ثم قذفه ثانية حد حداً ثانيا واختلفوا اذا قذف جماعة فقالت طائفة ليس عليه الاحد واحد جمعهم في القذف أو فرقهم وبه قال مالك وأبو حنيفة والثورى وأحمد وجماعة وقال قوم بل عليه لكل واحد حد وبه قال الشافعى والليث وجماعة حتى روى عن الحسن بن حي أنه قال ان قال انسان من دخل هذه الدار فهو زان جلد الحد لكل من دخلها وقالت طائفة ان جمعهم في كلمة واحدة مثل ان يقول لهم يا زناة فحد واحد وان قال لكل واحد منهم يا زان فعليه لكل انسان منهم حد فعمدة من لم يوجب على قاذف الجماعة الا حداً واحداً حديث أنس وغيره أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك ابن سمحاء فرفع ذلك

الى النبي عليه الصلاة والسلام فلاعن بينهما ولم يحده لشريك وذلك اجماع من أهل العلم فيمن قذف زوجته برجل وعمدة من رأى ان الحد لكل واحد منهم انه حق للآدميين وانه لو عفا بعضهم ولم يعف الكل لم يسقط الحد وأما من فرق بين قذفهم في كلمة واحدة أو كلمات أو في مجلس واحد أو في مجالس فلانه رأى انه واجب ان يتعدد الحد بتعدد القذف لانه اذا اجتمع تعدد المقذوف وتعدد القذف كان أوجب ان يتعدد الحد وأما سقوطه فانهم اختلفوا في سقوطه بعفو القاذف فقال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي لا يصح العفو أي لا يسقط الحد وقال الشافعي يصح العفو أي يسقط الحد بلغ الامام أو لم يبلغ وقال قوم ان بلغ الامام لم يجز العفو وان لم يبلغه جاز العفو واختلف قول مالك في ذلك فمرة قال بقول الشافعي ومرة قال يجوز اذا لم يبلغ الامام وان بلغ لم يجز الا ان يريد بذلك المقذوف الستر على نفسه وهو المشهور عنه * والسبب في اختلافهم هل هو حق لله أو حق للآدميين أو حق لكليهما فمن قال حق لله لم يجز العفو كالزنا ومن قال حق للآدميين أجاز العفو ومن قال لكليهما وغلب حق الامام اذا وصل اليه قال بالفرق بين أن يصل الامام أو لا يصل وقياسا على الاثر الوارد في السرقة وعمدة من رأى انه حق للآدميين وهو الاظهر أن المقذوف اذا صدقه فيما قذفه به سقط عنه الحد. وأما من يقيم الحد فلا خلاف ان الامام يقيمه في القذف واتفقوا على انه يجب على القاذف مع الحد سقوط شهادته ما لم يتب واختلفوا اذا تاب فقال مالك تجوز شهادته وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تجوز شهادته أبداً * والسبب في اختلافهم هل الاستثناء يعود الى الجملة المتقدمة أو يعود الى أقرب مذكور وذلك في قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا) فمن قال يعود الى أقرب مذكور قال التوبة ترفع الفسق ولا تقبل شهادته ومن رأى ان الاستثناء يتناول الامرين جميعاً قال التوبة ترفع الفسق ورد الشهادة وكون ارتفاع الفسق مع رد الشهادة أمر غير مناسب في الشرع أي خارج عن الاصول لان الفسق متى ارتفع قبلت الشهادة واتفقوا على أن التوبة لا ترفع الحد (وأما بماذا يثبت) فانهم اتفقوا على أنه يثبت بشاهدين عدلين حرين ذكرين واختلف في مذهب مالك هل يثبت بشاهد ويمين وبشهادة النساء وهل تلزم في الدعوى فيه يمين وان نكل فهل يحد بالنكول ويمين المدعى فهذه هي أصول هذا الباب التي تبنى عليه فروعه، قال القاضي وان انسأ الله في العمر فسنضع كتابا في الفروع على مذهب مالك بن أنس مرتبا ترتيبا صناعيا اذ كان المذهب المعمول به في هذه الجزيرة التي هي جزيرة الاندلس حتى يكون به القارىء مجتهدا في مذهب مالك لان احصاء جميع الروايات عندي شيء ينقطع العمر دونه.

✿(باب في شرب الخمر)✿

والكلام في هذه الجناية في الموجب والواجب وبماذا تثبت هذه الجناية فاما الموجب فاتفقوا على انه شرب الخمر دون اكراه قليلها وكثيرها واختلفوا في المسكرات من غيرها فقال أهل الحجاز حكمها حكم الخمر في تحريمها وايجاب الحد على من شربها قليلا كان أو كثيرا اسكر أو لم يسكر وقال أهل العراق المحرم منها هو السكر وهو الذى يوجب الحد وقد ذكرنا عمدة أدلة الفريقين في كتاب الاطعمة والاشربة . وأما الواجب فهو الحد والتفسيق الا ان تكون التوبة والتفسيق في شارب الخمر باتفاق وان لم يبلغ حد السكر وفيمن بلغ حد السكر فيما سوى الخمر واختلف الذين رأوا تحريم قليل الانبذة فى وجوب الحد وأكثر هؤلاء على وجوبه الا انهم اختلفوا في مقدار الحد الواجب فقال الجمهور الحد في ذلك ثمانون وقال الشافعى وأبو ثور وداود الحد في ذلك أربعون هذا في حد الحر وأما حد العبد فاختلفوا فيه فقال الجمهور وهو على النصف من حد الحر وقال أهل الظاهر حد الحر والعبد سواء وهو أربعون وعند الشافعى عشرون وعند من قال ثمانون أربعون فعمدة الجمهور تشاور عمر والصحابة لما كثر في زمانه شرب الخمر واشارة على عليه بأن يجعل الحد ثمانين قياسا على حد الفرية فانه كما قيل عنه رضى الله عنه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعمدة الفريق الثانى أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يحد فى ذلك حداً وانما كان يضرب فيها بين يديه بالنعال ضربا غير محدود وأن أبابكر رضى الله عنه شاور أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كم بلغ ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم لشراب الخمر فقدروه باربعين وروى عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر بنعلين أربعين فجعل عمر مكان كل نعل سوطا وروى من طريق آخر عن أبى سعيد الخدرى ماهو أثبت من هـذا وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضرب في الخمر أربعين وروى هذا عن على عن النبى عليه السلام من طريق أثبت وبه قال الشافعى . وأما من يقيم هذا الحد فاتفقوا على أن الامام يقيمه وكذلك الامر في سائر الحدود واختلفوا في اقامة السادات الحدود على عبيدهم فقال مالك يقيم السيد على عبده حد الزنا وحد القذف اذا شهد عنده الشهود ولا يفعل ذلك بعلم نفسه ولا يقطع في السرقة الا الامام وبه قال الليث وقال أبو حنيفة لا يقيم الحدود على العبيد الا الامام وقال الشافعى يقيم السيد على عبده جميع الحدود وهو قول أحمد واسحق وأبى ثور فعمدة مالك الحديث المشهور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن فقال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم

ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير وقوله عليه السلام: اذا زنت أمة أحدكم فليجلدها وأما الشافعي فاعتمد مع هذه الاحاديث ماروى عنه صلى الله عليه وسلم من حديث على انه قال: أقيموا الحدود على ماملكت أيمانكم ولانه أيضا مروى عن جماعة من الصحابة ولا مخالف لهم منهم ابن عمر وابن مسعود وأنس وعمدة أبي حنيفة الاجماع على ان الاصل في اقامة الحدود هو السلطان وروى عن الحسن وعمر بن عبد العزيز وغيرهم انهم قالوا الجمعة والزكاة والفيء والحكم الى السلطان.

(فصل)

وأما بماذا يثبت هذا الحد فاتفق العلماء على أنه يثبت بالاقرار وبشهادة عدلين واختلفوا في ثبوته بالرائحة فقال مالك وأصحابه وجمهور أهل الحجاز يجب الحد بالرائحة اذا شهد بها عند الحاكم شاهدان عدلان وخالفه في ذلك الشافعي وأبو حنيفة وجمهور أهل العراق وطائفة من أهل الحجاز وجمهور علماء البصرة فقالوا لا يثبت الحد بالرائحة فعمدة من أجاز الشهادة على الرائحة تشبيهها بالشهادة على الصوت والخط وعمدة من لم يثبتها اشتباه الروائح والحد يدرأ بالشبهات.

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلي الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب السرقة)

والنظر في هذا الكتاب في حد السرقة وفي شروط المسروق الذي يجب به الحد وفي صفات السارق الذي يجب عليه الحد وفي العقوبة وفيما تثبت به هذه الجناية فاما السرقة فهي أخذ مال الغير مستترا من غير ان يؤتمن عليه وانما قلنا هذا لانهم أجمعوا انه ليس في الخيانة ولا في الاختلاس قطع إلا اياس بن معاوية فانه أوجب في الخلسة القطع وذلك مروى عن النبي عليه السلام. وأوجب أيضا قوم القطع على من استعار حليا أومتاعا ثم جحده لمكان حديث المرأة المخزومية المشهور انها كانت تستعير الحلي وأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطعها لموضع جحودها وبه قال أحمد واسحق والحديث حديث عائشة قالت كانت امرأة مخزومية تستعير المتاع وتجحده فأمر النبي عليه السلا

بقطع يدها فأتى اسامة أهلها فكلموه فكلم اسامة النبي عليه السلام فقال النبي عليه السلام يااسامة: لا أراك تتكلم في حد من حدود الله ثم قام النبي عليه السلام خطيباً فقال:أنما أهلك من كان قبلكم انه اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه والذى نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعتها ورد الجمهور هذا الحديث لانه مخالف للاصول وذلك ان المعار مأمون وانه لم ياخذ بغير اذن فضلا ان ياخذ من حرز قالوا وفي الحديث حذف وهوانها سرقت مع انها جحدت ويدل على ذلك قوله عليه السلام : انما أهلك من كان قبلكم انه اذا سرق فيهم الشريف تركوه قالوا وروى هذا الحديث الليث بن سعد عن الزهرى باسناده فقال فيه ان المخزومية سرقت قالوا وهذا يدل على انها فعلت الامرين جميعاً الجحد والسرقة. وكذلك أجمعوا على انه ليس على الغاصب ولا على المكابر المغالب قطع الا ان يكون قاطع طريق شاهرا للسلاح على المسلمين مخيفا للسبيل فحكمه حكم المحارب على ماسيأتى في حد المحارب .

واما السارق الذى يجب عليه حد السرقة فانهم اتفقوا على ان من شرطه ان يكون مكلفا وسواء كان حراً او عبداً ذكراً أو أنثى مسلما أو ذميا الا ماروى فى الصدر الاول من الخلاف في قطع يد العبد الآبق اذا سرق وروى ذلك عن ابن عباس وعثمان ومروان وعمر بن عبدالعزيز ولم يختلف فيه بعد العصر المتقدم فمن رأى ان الاجماع ينعقد بعد وجود الخلاف في العصر المتقدم كانت المسئلة عنده قطعية ومن لم ير ذلك تمسك بعموم الامر بالقطع ولاحجة لمن لم ير القطع على العبد الآبق الانشبيهه سقوط الحد عنه بسقوط شطره أعنى الحدود التى تتشطر فى حق العبيد وهو تشبيه ضعيف . واما المسروق فان له شرائط مختلفا فيها فمن أشهرها اشتراط النصاب وذلك ان الجمهور على اشتراطه الاماروى عن الحسن البصرى انه قال القطع في قليل المسروق وكثيره لعموم قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما» الآية وربما احتجوا بحديث أبى هريرة خرجه البخارى ومسلم عن النبى عليه السلام انه قال : لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده و يسرق الحبل فتقطع يده وبه قالت الخوارج وطائفة من المتكلمين والذين قالوا باشتراط النصاب في وجوب القطع وهم الجمهور اختلفو في قدره اختلافا كثيراً الا ان الاختلاف المشهور من ذلك الذى يستند الى أدلة ثابتة هو قولان ، أحدهما قول فقهاء الحجاز مالك والشافعى وغيرهم ، والثانى قول فقهاء العراق أما فقهاء الحجاز فأوجبوا القطع في ثلاثة دراهم من الفضة وربع دينار من الذهب واختلفوا فيما تقوم به سائر الاشياء المسروقة مما عدا الذهب والفضة فقال مالك في المشهور تقوم بالدراهم لا بالربع دينار أعنى اذا اختلفت الثلاثة دراهم مع الربع دينار لاختلاف الصرف

مثل ان يكون الربع في وقت درهمين ونصفاً وقال الشافعى الأصل في تقويم الاشياء هو الربع دينار . وهو الاصل أيضا للدراهم فلا يقطع عنده في الثلاثة دراهم الا ان تساوى ربع دينار وأما مالك فالدنانير عنده كل واحد منهما معتبر بنفسه وقد روى بعض البغداديين عنه أنه ينظر في تقويم العروض الى الغالب في نقود أهل هذه البلد فان كان الغالب الدراهم قومت بالدراهم وان كان الغالب الدنانير قومت بالربع دينار وأظن ان في المذهب من يقول ان الربع دينار يقوم بالثلاثة دراهم وبقول الشافعى في التقويم قال أبو ثور والاوزاعى وداود وبقول مالك المشهور قال أحمد أعنى بالتقويم بالدراهم . واما فقهاء العراق فالنصاب الذى يجب القطع فيه هو عندهم عشرة دراهم لا يجب في اقل منه وقد قال جماعة منهم ابن ابى ليلى وابن شبرمة لا تقطع اليد في اقل من خمسة دراهم وقد قيل في اربعة دراهم وقال عثمان البتى في درهمين فعمدة فقهاء الحجاز ماروا مالك عن نافع عن ابن عمر ان النبى عليه الصلاة والسلام قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم وحديث عائشة أوقفه مالك واسنده البخارى ومسلم الى النبى عليه الصلاة والسلام انه قال : تقطع اليد في ربع دينار فصاعداً واما عمدة فقهاء العراق فحديث ابن عمر المذكور قالوا ولكن قيمة المجن هو عشرة دراهم وروى ذلك في احاديث قالوا وقد خالف ابن عمر في قيمة المجن من الصحابة كثير ممن راى القطع في المجن كابن عباس وغيره وقد روى محمد ابن اسحاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تقطع يد السارق فيما دون ثمن المجن قال وكان ثمن المجن على عهد النبى عليه الصلاة والسلام عشرة دراهم وروى ذلك محمد بن اسحاق عن أيوب بن موسى عن عطاء عن ابن عباس قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم قالوا واذا وجد الخلاف فى ثمن المجن وجب أن لا تقطع اليد الا بيقين وهذا الذى قالوه هو كلام حسن لولا حديث عائشة وهو الذى اعتمده الشافعى في هذه المسئلة وجعل الاصل هو الربع دينار . واما مالك فاعتضد عنده حديث ابن عمر بحديث عثمان الذى رواه وهو انه قطع في أترجة قومت بثلاثة دراهم والشافعى يعتذر عن حديث عثمان من قبل أن الصرف كان عندهم فى ذلك الوقت اثناعشر درهما والقطع في ثلاثة دراهم احفظ للاموال والقطع في عشرة دراهم ادخل في باب التجاوز والصفح عن يسير المال وشرف العضو والجمع بين حديث ابن عمر وحديث عائشة وفعل عثمان ممكن على مذهب الشافعى وغير ممكن على مذهب غيره فان كان الجمع أولى من الترجيح فمذهب الشافعى أولى المذاهب فهذا هو احد الشروط المشترطة في القطع . واختلفوا من هذا الباب في فرع مشهور وهو اذا سرقت الجماعة ما يجب فيه القطع أعنى نصابا دون أن يكون حظ كل واحد منهم نصابا و ذلك بان يخرجوا

النصاب من الحرز مما مثل أن يكون عدلا أو صندوقا يساوى النصاب فقال مالك يقطعون جميعا وبه قال الشافعى وأحمد وأبو ثور وقال أبوحنيفة لا قطع عليهم حتى يكون ما أخذه كل واحد منهم نصابا فمن قطع الجميع رأى العقوبة انما تتعلق بقدر مال المسروق أى أن هذا القدر من المال المسروق هو الذى يوجب القطع لحفظ المال قال ومن رأى أن القطع انما علق بهذا القدر لا بما دونه لمكان حرمة اليد قال لا تقطع أيد كثيرة فيما أوجب الشرع فيه قطع يد واحدة واختلفوا متى يقدر المسروق فقال مالك يوم السرقة وقال أبو حنيفة يوم الحكم عليه بالقطع . وأما الشرط الثانى فى وجوب هذا الحد فهو الحرز وذلك أن جميع فقهاء الامصار الذين تدور عليهم الفتوى وأصحابهم متفقون على اشتراط الحرز فى وجوب القطع وان كان قد اختلفوا فيما هو حرز مما ليس بحرز والاشبه أن يقال فى حد الحرز أنه ما شأنه أن تحفظ به الاموال كى يعسر أخذها مثل الاغلاق والحظائر وما أشبه ذلك وفى الفعل الذى اذا فعله السارق اتصف بالاخراج من الحرز على ما سنذكره بعد وممن ذهب الى هذا مالك وأبوحنيفة والشافعى والثورى وأصحابهم وقال أهل الظاهر وطائفة من أهل الحديث القطع على من سرق النصاب وان سرقه من غير حرز فعمدة الجمهور حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى عليه الصلاة و السلام أنه قال : لا قطع فى ثمر معلق ولا فى حريسة جبل فاذا أواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن ومرسل مالك أيضا عن عبد الله بن عبد الرحمن بن أبى حسين المكى بمعنى حديث عمرو بن شعيب وعمدة أهل الظاهر عموم قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما » الآية قالوا فوجب ان تحمل الآية على عمومها الا ما خصصته السنة الثابتة من ذلك وقد خصصت السنة الثابتة المقدار الذى يقطع فيه من الذى لا يقطع وردوا حديث عمرو بن شعيب لموضع الاختلاف الواقع فى أحاديث عمرو بن شعيب وقال أبو عمر بن عبد البر أحاديث عمرو ابن شعيب العمل بها واجب اذا رواها الثقات . وأما الحرز عند الذين أوجبوه فانهم اتفقوا منه على أشياء واختلفوا فى أشياء مثل اتفاقهم على أن باب البيت وغلقه حرز واختلافهم فى الاوعية ومثل اتفاقهم على ان من سرق من بيت دار غير مشتركة السكنى انه لا يقطع حتى يخرج من الدار واختلافهم فى الدار المشتركة فقال مالك وكثير ممن اشترط الحرز تقطع يده اذا أخرج من البيت وقال أبو يوسف ومحمد لا قطع عليه الا اذا أخرج من الدار ومنها اختلافهم فى القبر هل هو حرز حتى يجب القطع على النباش او ليس بحرز فقال مالك والشافعى واحمد وجماعة هو حرز وعلى النباش القطع وبه قال عمر بن عبد العزيز فقال ابو حنفية لا قطع عليه وكذلك قال سفيان الثورى وروى

ذلك عن زيد بن ثابت والحرز عند مالك بالجملة هو كل شيء جرت العادة بحفظ ذلك الشيء المسروق فيه فمرابط الدواب عنده احراز وكذلك الاوعية وما على الانسان من اللباس فالانسان حرز لكل ما عليه أو هو عنده واذا توسد النائم شيئا فهو له حرز على ما جاء في حديث صفوان بن أمية وسيأتي بعد وما أخذه من المنتبه فهو اختلاس ولا يقطع عند مالك سارق ماكان على الصبي من الحلي أو غيره الا أن يكون معه حافظ يحفظه ومن سرق من الكعبة شيئا لم يقطع عنده وكذلك من المساجد وقد قيل في المذهب انه ان سرق منها ليلا قطع وفروع هذا الباب كثيرة فيما هو حرز وما ليس بحرز واتفق القائلون بالحرز على أن كل من سمي مخرجا للشيء من حرزه وجب عليه القطع وسواء كان داخل الحرز أو خارجه واذا ترددت التسمية وقع الخلاف مثل اختلاف المذهب اذا كان سارقان احدهما داخل البيت والآخر خارجه فقرب احدهما المتاع المسروق الى ثقب في البيت فتناوله الآخر فقيل القطع على الخارج المتناول له وقيل لاقطع على واحد منهما وقيل القطع على المقرب المتاع من الثقب والخلاف في هذا كله آئل الى انطلاق اسم المخرج من الحرز عليه اولا انطلاقه فهذا هو القول في الحرز واشتراطه في وجوب القطع ومن رمى بالمسروق من الحرز ثم اخذه خارج الحرز قطع قد توقف مالك فيه اذا اخذ بعد رميه وقبل ان يخرج وقال ابن القاسم يقطع .

﴿ فصل ﴾

وأما جنس المسروق فان العلماء اتفقوا على ان كل متملك غير ناطق يجوز بيعه وأخذ العوض منه فانه يجب في سرقته القطع ماعدا الاشياء الرطبة المأكوله والاشياء التي أصلها مباحة فانهم اختلفوا في ذلك فذهب الجمهور الى ان القطع في كل متمول يجوز بيعه وأخذ العوض فيه وقال أبو حنيفة لاقطع في الطعام ولا فيما أصله مباح كالصيد والحطب والحشيش.فعمدة الجمهور عموم الآية الموجبة للقطع وعموم الآثار الواردة في اشتراط النصاب وعمدة أبي حنيفة في منعه القطع في الطعام الرطب قوله عليه السلام لاقطع في ثمر ولا كثر وذلك ان هذا الحديث روى هكذا مطلقا من غير زيادة وعمدته أيضا في منع القطع فيما أصله مباح الشبهة التي فيه لكل مالك وذلك انهم اتفقوا على ان من شرط المسروق الذي يجب فيه القطع ان لا يكون للسارق فيه شبهة ملك. واختلفوا فيما هو شبهة تدرأ الحد مما ليس بشبهة وهذا هو أيضا أحد الشروط المشترطة في المسروق هو في ثلاثة مواضع في جنسه وقدره وشروطه وستأتي هذه المسئلة فيما بعد واختلفوا من هذا الباب أعني من النظر في جنس المسروق في المصحف فقال مالك والشافعي يقطع

رقه وقال أبوحنيفة لايقطع ولعل هذا من أبى حنيفة بناء على انه لايجوز بيعه أوان
كل أحد فيه حقا اذ ليس بمال. واختلفوا من هذا الباب فيمن سرق صغيرا مملوكا
جميا ممن لايفقه ولايعقل الكلام فقال الجمهور يقطع . وأما ان كان كبيرا يفقه فقال
ك يقطع وقال أبو حنيفة لايقطع. واختلفوا في الحر الصغير فعند مالك ان سارقه
لع ولايقطع عند أبى حنيفة وهو قول ابن الماجشون من أصحاب مالك واتفقوا كما
ان شبهة الملك القوية تدرأ هذا الحد. واختلفو فيما هو شبهة يدرأ من ذلك مما
درأ فنها العبد يسرق مال سيده فان الجمهور من العلماء على أنه لايقطع وقال أبو
يقطع ولم يشترط شرطا وقال أهل الظاهر يقطع الا أن يأتمنه سيده واشترط
ك في الخادم الذى يجب ان يدرأ عنه الحد ان يكون يلى الخدمة لسيده بنفسه
شافعى مرة اشترط هذا ومرة لم يشترطه ويدرء الحد قال عمر رضى الله عنه وابن
ود ولامخالف لهم من الصحابة ومنها أحد الزوجين يسرق من مال الآخر فقال
ك اذا كان كل واحد ينفرد ببيت فيه متاعه فالقطع على من سرق من مال صاحبه
الشافعى الاحتياط أن لاقطع على أحد الزوجين لشبهة الاختلاط وشبهة المال
روى عنه مثل قول مالك واختاره المزنى ومنها القرابات فمذهب مالك فيها أن
نطع الاب فيما سرق من مال الابن فقط لقوله عليه الصلاة والسلام : انت ومالك
ك ويقطع ماسواهم من القرابات وقال الشافعى لايقطع عمود النسب الاعلى والاسفل
الاب والاجداد والابناء وأبناء الابناء وقال أبو حنيفة لايقطع ذو الرحم المحرمة
أبو ثور تقطع يد كل من سرق الاماخصصه الاجماع ومنها اختلافهم فيمن سرق
المغنم أو من بيت مال يقطع وقال عبد الملك من أصحابه لايقطع فهذا هو القول في
ياء التى يجب بها مايجب في هذه الجناية .

(القول فى الواجب)

وأما الواجب في هذه الجناية اذا وجدت بالصفات التى ذكرنا اعنى الموجودة في
ق وفي الشيء المسروق وفي صفة السرقة فانهم اتفقوا على ان الواجب فيه القطع
حيث هي جناية والغرم اذا لم يجب القطع واختلفوا هل يجمع الغرم مع القطع
قوم عليه الغرم مع القطع وبه قال الشافعى وأحمد والليث وأبو ثور وجماعة وقال
ليس عليه غرم اذا لم يجد المسروق منه متاعه بعينه وممن قال بهذا القول أبو حنيفة
رى وابن أبى ليلى وجماعة وفرق مالك وأصحابه فقال ان كان موسرا اتبع السارق
المسروق وان كان معسرا لم يتبع به اذا أثرى واشترط مالك دوام اليسر الى يوم

القطع فما حكى عنه ابن القاسم فعمدة من جمع بين الامرين انه اجتمع في السرقة حقان حق لله وحق للآدمى فاقتضى كل حق موجبه وأيضا فانهم لما أجمعوا على أخذه منه اذا وجد بعينه لزم واذا لم يوجد بعينه عنده أن يكون في ضمانه قياسا على سائر الاموال الواجبة وعمدة الكوفيين حديث عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لايغرم السارق اذا اقيم عليه الحد وهذا الحديث مضعف عند أهل الحديث قال أبو عمر لانه عندهم مقطوع قال وقد وصله بعضهم و خرجه النسائى والكوفيون يقولون ان اجتماع حقين في حق واحد مخالف للاصول ويقولون ان القطع هو بدل من الغرم ومن هنا يرون انه اذا سرق شيئا ما فقطع فيه ثم سرقه ثانيا انه لا يقطع فيه. وأما تفرقة مالك فاستحسان على غير قياس وأما القطع فالنظر في محله وفيمن سرق وقد عدم المحل أما محل القطع فهو اليد اليمنى باتفاق من الكوع وهو الذى عليه الجمهور وقال قوم الاصابع فقط فاما اذا سرق من قد قطعت يده اليمنى في السرقة فانهم اختلفوا في ذلك فقال أهل الحجاز والعراق تقطع رجله اليسرى بعد اليد اليمنى وقال بعض أهل الظاهر وبعض التابعين تقطع اليد اليسرى بعد اليمنى ولايقطع منه غير ذلك واختلف مالك والشافعى وأبو حنيفة بعد اتفاقهم على قطع الرجل اليسرى بعد اليد اليمنى هل يقف القطع ان سرق ثالثة أم لا فقال سفيان وأبو حنيفة يقف القطع في الرجل وانما عليه في الثالثة الغرم فقط وقال مالك و الشافعى ان سرق ثالثة قطعت يده اليسرى ثم ان سرق رابعة قطعت رجله اليمنى وكلا القولين مروى عن عمر وأبى بكر أعنى قول مالك وأبى حنيفة فعمدة من لم ير الاقطع اليد قوله تعالى «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما» ولم يذكر الارجل الا في المحاربين فقط وعمدة من قطع الرجل بعد اليد ما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم أتى بعبد سرق فقطع يده اليمنى ثم الثانية فقطع رجله ثم أتى به في الثالثة فقطع يده اليسرى ثم أتى به في الرابعة فقطع رجله وروى هذا من حديث جابر بن عبد الله وفيه ثم أخذه الخامسة فقتله الا أنه منكر عند أهل الحديث ويرده قوله عليه الصلاة والسلام : هن فواحش وفيهن عقوبة ولم يذكر قتلا وحديث ابن عباس ان النبى عليه الصلاة والسلام قطع الرجل بعد اليد وعند مالك انه يؤدب في الخامسة فاذا ذهب محل القطع من غير سرقة ان كانت اليد شلاء فقيل في المذهب ينتقل القطع الى اليد اليسرى وقيل الى الرجل واختلف فى موضع القطع من القدم فقيل يقطع من المفصل الذى في أصل الساق وقيل يدخل الكعبان في القطع وقيل لايدخلان وقيل انها تقطع من المفصل الذى فى وسط القدم واتفقوا على أن لصاحب السرقة ان يعفو عن السارق مالم يرفع ذلك الى الامام لما روى عمرو

ابن شعيب عن أبيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : تعافوا الحدود بينكم فما بلغني من حد فقد وجب وقوله عليه الصلاة والسلام : لوكانت فاطمة بنت محمد لاقمت عليها الحد وقوله لصفوان هلاكان ذلك قبل أن تأتيني به. واختلفوا في السارق يسرق مايجب فيه القطع فيرفع الى الامام وقد وهبه صاحب السرقة ماسرقه أو يهبه له بعد الرفع وقبل القطع فقال مالك والشافعي عليه الحد لانه قد رفع الى الامام وقال أبو حنيفة وطائفة لاحد عليه فعمدة الجمهور حديث مالك عن ابن شهاب عن صفوان بن أمية انه قيل له ان من لم يهاجر هلك فقدم صفوان بن أمية الى المدينة فنام في المسجد وتوسد رداءه فجاءه سارق فاخذ رداءه فأخذ صفوان السارق فجاء به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر به رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تقطع يده فقال صفوان لم أرد هذا يا رسول الله هو عليه صدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فهلا قبل ان تأتيني به .

﴿ القول فيما تثبت به السرقة ﴾

واتفقوا على ان السرقة تثبت بشاهدين عدلين وعلى انها تثبت باقرار الحر. واختلفوا في اقرار العبد فقال جمهور فقهاء الامصار اقراره على نفسه موجب لحده وليس يوجب عليه غرما وقال زفر لايجب اقرار العبد على نفسه بما يوجب قتله ولاقطع يده لكونه مالا لمولاه وبه قال شريح والشافعي وقتادة وجماعة وان رجع عن الاقرار الى شبهة قبل رجوعه وان رجع الى غير شبهة فعن مالك في ذلك روايتان هكذا حكى البغداديون عن المذهب وللمتأخرين في ذلك تفصيل ليس يليق بهذا الغرض وانما هو لائق بتفريع المذهب .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما)

(كتاب الحرابة)

والاصل في هذا الكتاب قوله تعالى «إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله» الآية

وذلك ان هذه الآية عند الجمهور هي في المحاربين وقال بعض الناس انها نزلت في النفر الذين ارتدوا في زمان النبي عليه الصلاة والسلام واستاقوا الابل فامر بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقطعت أيديهم وأرجلهم وسملت أعينهم والصحيح انها في المحاربين لقوله تعالى (إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) وليس عدم القدرة عليهم مشترطة في توبة الكفار فبقى انها في المحاربين والنظر في أصول هذا الكتاب ينحصر في خمسة أبواب . أحدها النظر في الحرابة، والثاني النظر في المحارب ، والثالث فيما يجب على المحارب ، والرابع في مسقط الواجب عنه وهي التوبة ، والخامس بماذا تثبت هذه الجناية .

الباب الاول

فاما الحرابة فاتفقوا على انها اشهار السلاح وقطع السبيل خارج المصر واختلفوا فيمن حارب داخل المصر فقال مالك داخل المصر وخارجه سواء واشترط الشافعي الشوكة وان كان لم يشترط العدد وانما معنى الشوكة عنده قوة المغالبة ولذلك يشترط فيها البعد عن العمران لان المغالبة انما تتأتى بالبعد من العمران وكذلك يقول الشافعي انه اذا ضعف السلطان ووجدت المغالبة في المصر كانت محاربة . وأما غير ذلك فهو عنده اختلاس وقال أبو حنيفة لاتكون محاربة في المصر .

{ الباب الثاني }

فاما المحارب فهو كل من كان دمه محقونا قبل الحرابة وهو المسلم والذمي .

(الباب الثالث)

وأماما يجب على المحارب فاتفقوا على انه يجب عليه حق لله وحق للادميين واتفقوا على ان حق الله هو القتل والصلب وقطع الايدي وقطع الارجل من خلاف والنفي على مانص الله تعالى في آية الحرابة، واختلفوا في هذه العقوبات هل هي على التخيير أو مرتبة على قدر جناية المحارب فقال مالك ان قتل فلابد من قتله وليس للامام تخيير في قطعه ولا في نفيه وانما التخيير في قتله أو صلبه وأما ان اخذ المال ولم يقتل فلا تخيير في نفيه وانما التخيير في قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف واما اذا أخاف السبل فقط فالامام عنده مخير في قتله أو صلبه أو قطعه أو نفيه ومعنى التخيير عنده ان الامر راجع في ذلك الى اجتهاد الامام فان كان المحارب ممن له الرأى والتدبير فوجه الاجتهاد قتله أو صلبه لان القتل لا يرفع ضرره وان كان لا رأى له

وانما هو ذو قوة وبأس قطعه من خلاف وان كان ليس فيه شيء من هاتين الصفتين أخذ بأيسر ذلك فيه وهو الضرب والنفي ، وذهب الشافعي وأبو حنيفة وجماعة من العلماء الى أن هذه العقوبة هي مرتبة على الجنايات المعلوم من الشرع ترتيبها عليه فلا يقتل من المحاربين الا من قتل ولا يقطع الا من أخذ المال ولا ينفى الا من لم يأخذ المال ولا قتل وقال قوم بل الامام مخير فيهم على الاطلاق وسواء قتل أو لم يقتل أخذ المال أو لم يأخذه ☆ وسبب الخلاف هل حرف أو في الآية للتخيير أو للتفصيل على حسب جناياتهم ومالك حمل البعض من المحاربين على التفصيل والبعض على التخيير. واختلفوا في معنى قوله أو يصلبوا فقال قوم أنه يصلب حتى يموت جوعا وقال قوم بل معنى ذلك أنه يقتل ويصلب معا وهؤلاء منهم من قال يقتل أولا ثم يصلب وهو قول أشهب وقيل أنه يصلب حيا ثم يقتل في الخشبة وهو قول ابن القاسم وابن الماجشون ومن رأى أنه يقتل اولا ثم يصلب صلى عليه عنده قبل الصلب ومن رأى أنه يقتل في الخشبة فقال بعضهم لا يصلى عليه تنكيلا له وقيل يقف خلف الخشبة ويصلى عليه وقال سحنون اذا قتل في الخشبة أنزل منها وصلى عليه وهل يعاد الى الخشبة بعد الصلاة فيه قولان عنه وذهب ابو حنيفة واصحابه انه لا يبقى على الخشبة أكثر من ثلاثة ايام .واما قوله أوتقطع ايديهم وأرجلهم من خلاف فمعناه ان تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى ثم ان عاد قطعت يده اليسرى ورجله اليمنى واختلف اذا لم تكن له اليمنى فقال ابن القاسم تقطع يده اليسرى ورجله اليمنى وقال أشهب تقطع يده اليسرى ورجله اليسرى واختلف أيضا في قوله أو ينفوا من الارض فقيل ان النفي هو السجن وقيل أن النفي هو أن ينفى من بلد الى بلد فيسجن فيه الى أن تظهر توبته وهو قول ابن القاسم عن مالك ويكون بين البلدين أقل ما تقصر فيه الصلاة والقولان عن مالك وبالاول قال ابو حنيفة وقال ابن الماجشون معنى النفي هو فرارهم من الامام لاقامة الحد عليهم فاما أن ينفى بعد أن يقدر عليه فلا وقال الشافعي أما النفي فغير مقصود ولكن ان هربوا شردناهم في البلاد بالاتباع وقيل هي عقوبة مقصودة فقيل على هذا ينفى ويسجن دائما وكلها عن الشافعي وقيل معنى أو ينفوا أي من ارض الاسلام الى أرض الحرب فالذي يظهر ان النفي هو تغريبهم عن وطنهم لقوله تعالى « ولو أنا كتبنا عليهم أن اقتلوا أنفسكم أو اخرجوا من دياركم » الاية فسوى بين النفي والقتل وهي عقوبة معروفة بالعادة من العقوبات كالضرب والقتل وكل ما يقال فيه سوى هذا فليس معروفا لا بالعادة ولا بالعرف .

الباب الرابع

وأما ما يسقط الحق الواجب عليه فان الاصل فيه قوله تعالى (الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم)واختلف من ذلك في أربعة مواضع . أحدها هل تقبل توبته ، والثانى ان قبلت فما صفة المحارب الذى تقبل توبته فان لاهل العلم في ذلك قولين قول أنه تقبل توبته وهو أشهر لقوله تعالى(الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) وقول أنه لا تقبل توبته قال ذلك من قال أن الآية لم تنزل في المحاربين . وأما صفة التسوية التى تسقط الحكم فانهم اختلفوا فيها على ثلاثة أقوال . أحدها أن توبته تكون بوجهين أحدهما أن يترك ما هو عليه وان لم يات الامام والثانى أن يلقى سلاحه ويأتى الامام طائعا وهو مذهب ابن القاسم ،والقول الثانى أن توبته انما يكون بان يترك ماهوعليه ويجلس في موضعه ويظهر لجيرانه وان أتى الامام قبل أن تظهر توبته أقام عليه الحد وهذا هو قول ابن الماجشون ، والقول الثالث ان توبته انما تكون بالمجيء الى الامام وان ترك ماهو عليه لم يسقط ذلك عنه حكما من الاحكام ان أخذ قبل أن يأتى الامام وتحصيل ذلك هو أن توبته قيل أنها تكون بان يأتى الامام قبل أن يقدر عليه وقيل أنها انما تكون اذا ظهرت توبته قبل القدرة فقط وقيل تكون بالامرين جميعا.وأما صفة المحارب الذى تقبل توبته فانهم اختلفوا فيها أيضا على ثلاثة أقوال . أحدها ان يلحق بدار الحرب ، والثانى ان تكون له فئة ، والثالث كيفما كان كانت له فئة اولم تكن لحق بدار الحرب أو لم يلحق واختلف في المحارب اذا امتنع فأمنه الامام على ان ينزل فقيل له الامان ويسقط عنه حد الحرابة وقيل لاأمان له لانه انما يؤمن المشرك .وأما ماتسقط عنه التوبة فاختلفوا في ذلك على أربعة أقوال . احدها ان التوبة إنما تسقط عنه حد الحرابة فقط ويؤخذ بما سوى ذلك من حقوق الله وحقوق الآدميين وهو قول مالك ، والقول الثانى ان التوبة تسقط عنه حد الحرابة وجميع حقوق الله من الزنا والشراب والقطع فى السرقة ويتبع بحقوق الناس من الاموال والدماء الا ان يعفو أولياء المقتول ، والثالث ان التوبة ترفع جميع حقوق الله ويؤخذ بالدماء وفي الاموال بما وجد بعينه في ايديهم ولا تتبع ذممهم ، والقول الرابع ان التوبة تسقط جميع حقوق الله وحقوق الادميين من مال ودم الا ماكان من الاموال قائم العين بيده .

(الباب الخامس)

وأما بماذا يثبت هذا الحد فبالاقرار وبالشهادة ومالك يقبل شهادة المسلوبين على الذين

سلبوهم وقال الشافعي تجوز شهادة أهل الرفقة عليهم اذا لم يدعوا لانفسهم ولا لرفقائهم مالا أخذوه وتثبت عند مالك الحرابة بشهادة السماع .

فصل فى حكم المحاربين على التأويل

وأما حكم المحاربين على التأويل فان محاربهم الامام فاذا قدر على واحد منهم لم يقتل الا اذا كانت الحرب قائمة فان مالكا قال ان للامام أن يقتله ان رأى ذلك لما يخاف من عونه لاصحابه على المسلمين . وأما اذا أسر بعد انقضاء الحرب فان حكمه حكم البدعى الذى لا يدعو الى بدعته قيل يستتاب فان تاب والا قتل وقيل يستتاب فان لم يتب يؤدب ولا يقتل وأكثر أهل البدع انما يكفرون بالمآل واختلف قول مالك فى التكفير بالمآل ومعنى التكفير بالمآل انهم لا يصرحون بقول هو كفر ولكن يصرحون بأقوال يلزم عنها الكفر وهم لا يعتقدون ذلك اللزوم وأما ما يلزم هؤلاء من الحقوق اذا ظفر بهم فحكمهم اذا تابوا ان لا يقام عليهم حد الحرابة ولا يؤخذ منهم ما أخذوا من المال الا ان يوجد بيده فيرد الى ربه وانما اختلفوا هل يقتل قصاصا بمن قتل فقيل يقتل وهو قول عطاء واصبغ وقال مطرف وابن الماجشون عن مالك لا قتل وبه قال الجمهور لان كل من قاتل على التاويل فليس بكافر بتة أصله قتال الصحابة وكذلك الكافر بالحقيقة هو المكذب لا المتاول .

(باب في حكم المرتد)

والمرتد اذا ظفر به قبل أن يحارب فاتفقوا على أنه يقتل الرجل لقوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه .واختلفوا في قتل المرأة وهل تستتاب قبل أن تقتل فقال الجمهور تقتل المرأة وقال أبو حنيفة لا تقتل وشبهها بالكافرة الاصلية والجمهور اعتمدوا العموم الوارد في ذلك وشذ قوم فقالوا تقتل وان راجعت الاسلام وأما الاستتابة فان مالكا شرط فى قتله ذلك على ما رواه عن عمر وقال قوم لا تقبل توبته وأما اذا حارب المرتد ثم ظهر عليه فانه يقتل بالحرابة ولا يستتاب كانت حرابته بدار الاسلام أو بعد ان لحق بدار الحرب الا أن يسلم واما اذا أسلم المرتد المحارب بعد أن أخذ أو قبل أن يؤخذ فانه يختلف فى حكمه فان كانت حرابته في دار الحرب فهو عند مالك كالحربى يسلم لا تباعة عليه في شيء مما فعل في حال ارتداده وأما ان كانت حرابته في دار الاسلام فانه يسقط اسلامه عنه حكم الحرابة خاصة وحكمه فيما جنى حكم المرتد اذا جنى في ردته في دار الاسلام ثم أسلم وقد اختلف أصحاب مالك فيه فقال

حكمه حكم المرتدمن اعتبر يوم الجناية وقال حكمه حكم المسلم من اعتبر يوم الحكم وقد اختلف في هذا الباب في حكم الساحر فقال مالك يقتل كفراً وقال قوم لا يقتل والاصل ان لا يقتل الامع الكفر .

﴿ بسم الله الرحمن الرحيم ﴾

(وصلى الله على سيدنا محمد وعلى وآله وصحبه وسلم تسليما)

﴿ كتاب الاقضية ﴾

وأصول هذا الكتاب تنحصر في ستة أبواب أحدها في معرفة من يجوز قضاؤه والثانى في معرفة مايقضى به ✡ والثالث في معرفة مايقضى فيه * والرابع في معرفة من يقضى عليه أوله ✡والخامس في كيفية القضاء ✡ والسادس في وقت القضاء .

﴿ الباب الاول ﴾

والنظر في هذا الباب فيمن يجوز قضاؤه وفيما يكون به أفضل فاما الصفات المشترطة في الجواز فان يكون حراً مسلما بالغا ذكرا عاقلا عدلا وقد قيل في المذهب ان الفسق يوجب العزل ويمضى ماحكم به.واختلفوا في كونه من أهل الاجتهاد فقال الشافعى يجب أن يكون من أهل الاجتهاد ومثله حكى عبد الوهاب عن المذهب وقال أبوحنيفة يجوز حكم العامى (قال القاضى) وهو ظاهر ماحكاه جدى رحمة الله عليه في المقدمات عن المذهب لانه جعل كون الاجتهاد فيه من الصفات المستحبة، وكذلك اختلفوا في اشتراط الذكورة فقال الجمهور هى شرط في صحة الحكم وقال أبو حنيفة يجوز أن تكون المرأة قاضيا في الاموال قال الطبرى يجوز أن تكون المرأة حاكما على الاطلاق في كل شيء قال عبد الوهاب ولا أعلم بينهم اختلافا في اشتراط الحرية فمن رد قضاء المرأة شبهه بقضاء الامامة الكبرى وقاسها أيضا على العبد لنقصان حرمتها ومن أجاز حكمها في الاموال فتشبيها بجواز شهادتها في الاموال ومن رأى حكمها نافذا في كل شيء قال ان الاصل هو ان كل من يتأتى منه الفصل بين الناس فحكمه جائز الا ماخصصه الاجماع من الامامة الكبرى وأما اشتراط الحرية فلا خلاف فيه ولا خلاف في مذهب مالك أن السمع و البصر و الكلام مشترطة في استمرار ولايته وليست

شرطا في جواز ولايته وذلك ان من صفات القاضى فى المذهب ماهي شرط في الجواز فهذا اذاولى عزل وفسخ جميع ماحكم به ومنهاماهى شرط في الاستمرار وليست شرطا في الجواز فهذا اذا ولى القضاء عزل ونفذ ماحكم به الاأن يكون جورا ومن هذا الجنس عندهم هذه الثلاث صفات ومن شرط القضاء عند مالك أن يكون واحـدا والشافعى يجيز أن يكون في المصر قاضيان اثنان اذا رسم لكل واحد منهما مايحكم فيه وان شرط اتفاقهما في كل حكم لم يجز وان شرط الاستقلال لكل واحد منهما فوجهان الجواز والمنع قال واذا تنازع الخصمان في اختيار احدهما وجب أن يقترعا عنده واما فضائل القضاء فـكثيرة وقد ذكرها الناس في كتبهم وقد اختلفوا في الامى هل يجوز ان يكون قاضـيا والا بين جوازه لـكونه عليه الصلاة والسلام أمياً وقال قوم لا يجوز وعن الشافعى القولان جميعا لانه يحتمل ان يكون ذلك خاصا به لموضع المعجز ولاخلاف في جواز حكم الامام الاعظم وتوليته للقاضى شرط في صحة قضائه لاخلاف اعرف فيه. واختلفوا من هذا الباب في نفوذ حكم من رضيه المتداعيان ممن ليس بوالى على الاحكام فقال مالك يجوز وقال الشافعى فى احد قوليه لايجوز وقال ابو حنيفة يجوز اذا وافق حكمه حكم قاضى البـلد

(الباب الثانى)

وأما فيما يحكم فاتفقوا أن القاضى يحكم في كل شيء من الحقوق كان حقا لله أو حقا للآدميين وانه نائب عن الامام الاعظم في هذا المعنى وانه يعقد الانكحة ويقدم الاوصياء وهل يقدم الائمة فى المساجد الجامعة فيه خلاف وكذلك هل يستخلف فيه خلاف في المرض والسفر الا ان يؤذن له وليس ينظر في الجباة ولا في غير ذلك من الولاة وينظر في التحجير على السفهاء عند من يرى التحجير عليهم ومن فروع هذا الباب هل مايحكم فيه الحاكم يحله للمحكوم له به وان لم يكن في نفسه حلالا وذلك انهم اجمعوا على أن حكم الحـاكم بالظاهر الذى يعتريه لا يحل حراما ولا يحرم حلالا وذلك في الاموال خاصة لقوله عليه الصلاة والسلام: إنما انا بشر وانكم تختصمون الى فلعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فاقضى له على نحو مااسمع منه فمن قضيت له بشيء من حق أخيه فلا ياخذ منه شيئا فانما اقطع له قطعة من النار. واختلفوا فى حل عصمة النكاح أو عقده بالظاهر الذى يظن الحاكم انه حق وليس بحق اذ لايحل حراما ولايحرم حلالا بظاهر حكم الحاكم دون ان يكون الباطن كذلك هل يحل ذلك أم لا فقال الجمهور الاموال والفروج في ذلك سواء لا يحل حـكم الحاكم منها حراما ولا يحرم حلالا

وذلك مثل أن يشهد شاهدا زور في امرأة أجنبية أنها زوجة لرجل أجنبي ليست له بزوجة فقال الجمهور لا تحل له وان احلها الحاكم بظاهر الحكم وقال ابو حنيفة وجمهور اصحابه تحل له فعمدة الجمهور عموم الحديث المتقدم وشبهة الحنفية ان الحكم باللعان ثابت بالشرع وقد علم ان احد المتلاعنين كاذب واللعان يوجب الفرقة ويحرم المرأة على زوجها الملاعن لها ويحلها لغيره فان كان هو الكاذب فلم تحرم عليه الا بحكم الحاكم وكذلك ان كانت هي الكاذبة لان زناها لا يوجب فرقتها على قول اكثر الفقهاء والجمهور ان الفرقة ههنا انما وقعت عقوبة للعلم بان احدهما كاذب .

(الباب الثالث فيما يكون به القضاء)

والقضاء يكون باربع بالشهادة وباليمين والنكول وبالاقرار او بما تركب من هذه ففي هذا الباب أربعة فصول .

(الفصل الاول في الشهادة)

والنظر في الشهود في ثلاثة أشياء في الصفة والجنس والعدد فاما عدد الصفات المعتبرة في قبول الشاهد بالجملة فهي خمسة العدالة والبلوغ والاسلام والحرية ونفي التهمة وهذه منها متفق عليها ومنها مختلف فيها فاما العدالة فان المسلمين اتفقوا على اشتراطها في قبول شهادة الشاهد لقوله تعالى (ممن ترضون من الشهداء) ولقوله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم) واختلفوا فيما هي العدالة فقال الجمهور هي صفة زائدة على الاسلام وهو أن يكون ملتزما لواجبات الشرع ومستحباته مجتنبا للمحرمات والمكروهات وقال أبو حنيفة يكفي في العدالة ظاهر الاسلام وان لا تعلم منه جرحة ☆ وسبب الخلاف كما قلنا ترددهم في مفهوم اسم العدالة المقابلة للفسق وذلك انهم اتفقوا على ان شهادة الفاسق لا تقبل لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنباء) الآية ولم يختلفوا أن الفاسق تقبل شهادته اذا عرفت توبته الا من كان فسقه من قبل القذف فان أبا حنيفة يقول لا تقبل شهادته وان تاب والجمهور يقولون تقبل ☆ وسبب الخلاف هل يعود الاستثناء في قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا من بعد ذلك) الى أقرب مذكور اليه أو على الجملة الا ما خصصه الاجماع وهو ان التوبة لا تسقط عنه الحد وقد تقدم هذا وأما البلوغ فانهم اتفقوا على أنه يشترط حيث تشترط العدالة .واختلفوا في شهادة الصبيان بعضهم على بعض في الجراح وفي القتل فردها جمهور فقهاء الامصار لما قلناه من وقوع الاجماع على ان من شرط

الشهادة العدالة ومن شرط العداله البلوغ ولذلك ليست في الحقيقة شهادة عند مالك وانما هي قرينة حال ولذلك اشترط فيها أن لايتفرقوا لئلا يجنبوا واختلف أصحاب مالك هل تجوز اذا كان بينهم كبير أم لا ولم يختلفوا انه يشترط فيها العدة المشترطة في الشهادة واختلفوا هل يشترط فيها الذكورة أم لا واختلفوا أيضاً هل تجوز في القتل الواقع بينهم ولا عمدة لمالك في هذا الا انه مروى عن ابن الزبير قال الشافعى فاذا احتج محتج بهذا قيل له ان ابن عباس قد ردها والقرآن يدل على بطلانها وقال بقول مالك ابن أبى ليلى وقوم من التابعين وإجازة مالك لذلك هو من باب اجازته قياس المصلحة وأما الاسلام فاتفقوا على انه شرط في القبول وانه لاتجوز شهادة الكافر الاما اختلفوا فيه من جواز ذلك في الوصية في السفر لقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم) الآية فقال أبوحنيفة يجوز ذلك على الشروط التى ذكرها الله وقال مالك والشافعى لايجوز ذلك ورأوا ان الآية منسوخة وأما الحرية فان جمهور فقهاء الامصار على اشتراطها في قبول الشهادة وقال أهل الظاهر تجوز شهادة العبد لان الاصل انما هو اشتراط العدالة والعبودية ليس لها تأثير في الرد الا أن يثبت ذلك من كتاب الله أو سنة أو اجماع وكان الجمهور راوا أن العبودية أثر في أثر الكفر فوجب أن يكون لها تأثير في رد الشهادة وأما التهمة التى سببها المحبة فان العلماء أجمعوا على أنها مؤثرة في إسقاط الشهادة واختلفوا في رد شهادة العدل بالتهمة لموضع المحبة أو البغضة التى سببها العداوة الدنيوية فقال بردها فقهاء الامصار الا أنهم اتفقوا في مواضع على إعمال التهمة وفي مواضع على إسقاطها وفي مواضع اختلفوا فيها فاعملها بعضهم وأسقطها بعضهم فما اتفقوا عليه رد شهادة الاب لابنه والابن لابيه وكذلك الام لابنها وابنها لها ومما اختلفوا فى تأثير التهمة فى شهادتهم شهادة الزوجين أحدهما للآخر فان مالكا ردها وأبا حنيفة وأجازها الشافعى وأبو ثور والحسن وقال ابن أبى ليلى تقبل شهادة الزوج لزوجه ولا تقبل شهادتها له وبه قال النخعى ومما اتفقوا على إسقاط التهمة فيه شهادة الاخ لاخيه ما لم يدفع بذلك عن نفسه عاراً على ما قال مالك وما لم يكن منقطعا الى أخيه يناله بره وصلته ما عدا الاوزاعى فانه قال لا تجوز ومن هذا الباب اختلافهم في قبول شهادة العدو على عدوه فقال مالك والشافعى لا تقبل وقال أبوحنيفة تقبل فعمدة الجمهور في رد الشهادة بالتهمة ماروى عنه عليه السلام انه قال لاتقبل شهادة خصم ولا ظنين وما خرجه أبو داود من قوله عليه السلام لا تقبل شهادة بدوى على حضرى لقلة شهود البدوى مايقع في المصر فهذه

هي عمدتهم من طريق السماع وأما من طريق المعنى فلموضع التهمة وقد أجمع الجمهور على تأثيرها في الاحكام الشرعية مثل اجتماعهم على انه لايرث القاتل المقتول وعلى توريث المبتوتة في المرض وان كان فيه خلاف وأما الطائفة الثانية وهم شريح وأبو ثور وداود فانهم قالوا تقبل شهادة الاب لابنه فضلا عمن سواه اذا كان الاب عدلا وعمدتهم قوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والاقربين) والامر بالشيء يقتضى إجزاء المأمور به الا ماخصصه الاجماع من شهادة المرء لنفسه .وأمامن طريق النظر فان لهم ان يقولوا رد الشهادة بالجملة انما هو لموضع اتهام الكذب وهذه التهمة انما اعتملها الشرع في الفاسق ومنع اعمالها في العادل فلا تجتمع العدالة مع التهمة.واماالنظر في العددوالجنس فان المسلمين اتفقوا على انه لايثبت الزنا باقل من أربعة عدول ذكور واتفقوا على انه تثبت جميع الحقوق ماعدا الزنا بشاهدين عدلين ذكرين ماخلا الحسن البصرى فانه قال لا تقبل باقل من أربعة شهداء تشبيها بالرجم وهذا ضعيف لقوله سبحانه (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) وكل متفق على أن الحكم يجب بالشاهدين من غير يمين المدعى الا ابن أبى ليلى فانه قال لا بد من يمينه واتفقوا على أنه تثبت الاموال بشاهد عدل ذكر وامرأتين لقوله تعالى (فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) واختلفوا في قبولهما في الحدود فالذى عليه الجمهور انه لا تقبل شهادة النساء فى الحدود لا مع رجل ولا مفردات وقال أهل الظاهر تقبل اذا كان معهن رجل وكان النساء أكثر من واحدة في كل شيء على ظاهر الآية وقال أبو حنيفة تقبل في الاموال وفيما عدا الحدود من أحكام الابدان مثل الطلاق والرجعة والنكاح والعتق ولا تقبل عند مالك في حكم من أحكام البدن واختلف أصحاب مالك في قبولهن في حقوق الابدان المتعلقة بالمال مثل الوكالات والوصية التى لا تتعلق الا بالمال فقط فقال مالك وابن القاسم وابن وهب يقبل فيه شاهد وامرأتان وقال أشهب وابن الماجشون الا يقبل فيه الا رجلان وأما شهادة النساء مفردات أعنى النساء دون الرجال فهى مقبولة عند الجمهور في حقوق الابدان التى لا يطلع عليها الرجال غالبا مثل الولادة والاستهلال وعيوب النساء ولا خلاف في شيء من هذا الا فى الرضاع فان أبا حنيفة قال لا تقبل فيه شهادتهن الامع الرجال لانه عنده من حقوق الابدان التى يطلع عليها الرجال والنساء والذين قالوا بجواز شهادتهن مفردات فى هذا الجنس اختلفوا في العدد المشترط في ذلك منهن فقال مالك يكفى في ذلك امرأتان قيل مع انتشار الامر وقيل وان لم ينتشر وقال الشافعى ليس يكفى في ذلك أقل من أربع لان الله عز وجل قد جعل عديل الشاهد الواحد امرأتين واشترط الاثنينية وقال قوم لايكتفى في ذلك باقل

من ثلاث وهو قول لامعنى له وأجاز أبو حنيفة شهادة المرأة فيما بين السرة والركبة واحسب ان الظاهرية أو بعضهم لايجيزون شهادة النساء مفردات في شيء كما يجيزون شهادتهن مع الرجال في كل شيء وهو الظاهر وأما شهادة المرأة الواحدة بالرضاع فانهم أيضا اختلفوا فيها لقوله عليه السلام في المرأة الواحدة التى شهدت بالرضاع كيف وقد ارضعتكما وهذا ظاهره الانكار ولذلك لم يختلف قول مالك في انه مكروه

الفصل الثانى

واما الايمان فانهم اتفقوا على انها تبطل بها الدعوى عن المدعى عليه اذا لم تكن للمدعى بينه واختلفوا هل يثبت بها حق للمدعى فقال مالك يثبت بها حق المدعى في اثبات ما أنكره المدعى عليه وابطال ما ثبت عليه من الحقوق اذا ادعى الذى ثبت عليه اسقاطه في الموضع الذى يكون المدعى اقوى سببا وشبهة من المدعى عليه وقال غيره لاتثبت للمدعى باليمين دعوى سواء كانت في إسقاط حق عن نفسه قد ثبت عليه أو اثبات حق انكره فيه خصمه ✡ و سبب اختلافهم ترددهم في مفهوم قوله عليه السلام البينة على من ادعى واليمين على من انكر هل ذلك عام في كل مدعى عليه ومدع أم انما خص المدعى بالبينة و المدعى عليه باليمين لان المدعى فى الا كثر هو اضعف شبهة من المدعى عليه و المدعى عليه بخلافه فمن قال هذا الحكم عام في كل مدع ومدعى عليه ولم يرد بهذا العموم خصوصا قال لا يثبت باليمين حق ولا يسقط به حق ثبت ومن قال انما خص المدعى عليه بهذا الحكم من جهة ماهو اقوى شبهة قال اذا اتفق أن يكون موضع تكون فيه شبهة المدعى أقوى يكون القول قوله واحتج هؤلاء بالمواضع التى اتفق الجمهور فيها على ان القول فيها قول المدعى مع يمينه مثل دعوى التلف في الوديعة وغير ذلك ان وجد شيء بهذه الصفة ولاولئك أن يقولوا الاصل ماذكرنا الا ما خصصه الاتفاق وكلهم مجمعون على ان اليمين التى تسقط الدعوى أو تثبتها هي اليمين بالله بالذى لا اله الا هو وأقاويل فقهاء الامصار في صفتها متقاربة وهى عند مالك بالله الذى لا اله الا هو لايزيد عليها ويزيد الشافعي الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية وأما هل تغلظ بالمكان فانهم اختلفوا فى ذلك فذهب مالك الى أنها تغلظ بالمكان وذلك في قدر مخصوص وكذلك الشافعي. واختلفوا في القدر فقال مالك ان من ادعى عليه بثلاثة دراهم فصاعدا وجبت عليه اليمين في المسجد الجامع فان كان مسجد النبي عليه الصلاة والسلام فلا خلاف انه يحلف على المنبر وان كان في غيره من المساجد ففى ذلك روايتان احداهما حيث اتفق من المسجد والاخرى عند المنبر وروى عنه ابن القاسم انه يحلف فيما له بال في الجامع ولم يحدد وقال

الشافعي يحلف في المدينة عند المنبر وفي مكة بين الركن والمقام وكذلك عنده في كل بلد يحلف عند المنبر والنصاب عنده في ذلك عشرون دينارا وقال داود يحلف على المنبر في القليل والكثير وقال ابو حنيفة لاتغلظ اليمين بالمكان * وسبب الخلاف هل التغليظ الوارد في الحلف على منبر النبي صلى الله عليه وسلم يفهم منه وجوب الحلف على المنبر أم لا فمن قال انه يفهم منه ذلك قال لانه لولم يفهم منه ذلك لم يكن للتغليظ في ذلك معنى ومن قال للتغليظ معنى غير الحكم بوجوب اليمين على المنبر قال لايجب الحلف على المنبر والحديث الوارد في التغليظ هو حديث جابر بن عبد الله الانصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: من حلف على منبري آثما تبوأ مقعده من النار واحتج هؤلاء بالعمل فقالوا هو عمل الخلفاء قال الشافعي لم يزل عليه العمل بالمدينة وبمكة قالوا ولو كان التغليظ لايفهم منه ايجاب اليمين في الموضع المغلظ لم يكن له فائدة الا تجنب اليمين في ذلك الموضع قال وكما أن التغليظ الوارد في اليمين مجرداً مثل قوله عليه الصلاة والسلام: من اقتطع حق امرىء مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار يفهم منه وجوب القضاء باليمين كذلك التغليظ الوارد في المكان وقال الفريق الآخر لا يفهم من التغليظ باليمين وجوب الحكم باليمين واذا لم يفهم من تغليظ اليمين وجوب الحكم باليمين لم يفهم من تغليظ اليمين بالمكان وجوب اليمين بالمكان وليس فيه اجماع من الصحابة والاختلاف فيه مفهوم من قضية زيد بن ثابت وتغلظ بالمكان عند مالك في القسامة واللعان وكذلك بالزمان لانه قال في اللعان أن يكون بعد صلاة العصر على ماجاء في التغليظ فيمن حلف بعد العصر وأما القضاء باليمين مع الشاهد فانهم اختلفوا فيه فقال مالك و الشافعي و احمد و داود وأبو ثور والفقهاء السبعة المدنيون وجماعة يقضى باليمين مع الشاهد في الاموال وقال أبو حنيفة والثوري والاوزاعي وجمهور أهل العراق لايقضى باليمين مع الشاهد في شيء وبه قال الليث من أصحاب مالك * وسبب الخلاف في هذا الباب تعارض السماع اما القائلون به فانهم تعلقوا في ذلك بآثار كثيرة منها حديث ابن عباس وحديث أبي هريرة وحديث زيد بن ثابت وحديث جابر الاان الذي خرج مسلم منها حديث ابن عباس ولفظه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد خرجه مسلم ولم يخرجه البخاري وأما مالك فانما اعتمد مرسله في ذلك عن جعفر بن محمد عن أبيه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد لان العمل عنده بالمراسل واجب وأما السماع المخالف لها فقوله تعالى (فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) قالوا وهذا يقتضي الحصر فالزيادة عليه نسخ ولا ينسخ القرآن بالسنة الغير متواترة

وعند المخالف انه ليس بنسخ بل زيادة لاتغير حكم المزيد وأما من السنة فاخرجه البخاري ومسلم عن الاشعث بن قيس قال كان بيني وبين رجل خصومة في شيء فاختصمنا الى النبي عليه الصلاة والسلام فقال شاهداك أو يمينه فقلت اذا يحلف ولا يبالي فقال النبي صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين يقتطع بها مال امرىء مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان قالوا فهذا منه عليه الصلاة والسلام حصر للحكم ونقض لحجة كل واحد من الخصمين ولا يجوز عليه صلى الله عليه وسلم الا يستوفي أقسام الحجة للمدعى والذين قالوا باليمين مع الشاهد هم على أصلهم في ان اليمين هي حجة أقوى المتداعيين شبهة وقد قويت ههنا حجة المدعى بالشاهد كما قويت في القسامة وهؤلاء اختلفوا في القضاء باليمين من المرأتين فقال مالك يجوز لان المرأتين قد أقيمتا مقام الواحد وقال الشافعي لايجوز له لانه انما أقيمت مقام الواحد مع الشاهد الواحد لامفردة ولامع غيره وهل يقضى باليمين في الحدود التي هي حق للناس مثل القذف والجراح فيه قولان في المذهب .

الفصل الثالث

واما ثبوت الحق على المدعى عليه بنكوله فان الفقهاء أيضاً اختلفوا في ذلك فقال مالك والشافعي وفقهاء أهل الحجاز وطائفة من العراقيين اذا نكل المدعى عليه لم يجب للمدعى شيء بنفس النكول الا أن يحلف المدعى أو يكون له شاهد واحد وقال أبو حنيفة وأصحابه وجمهور الكوفيين يقضى للمدعى على المدعى عليه بنفس النكول وذلك في المال بعد أن يكرر عليه اليمين ثلاثا وقلب اليمين عند مالك يكون في الموضع الذي يقبل فيه شاهد وامرأتان وشاهد ويمين وقلب اليمين عند الشافعي يكون في كل موضع يجب فيه اليمين وقال ابن أبي ليلى أردها في غير التهمة ولا أردها في التهمة وعند مالك في يمين التهمة هل تنقلب أم لا قولان فعمدة من رأى أن اليمين تنقلب ما رواه مالك من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد في القسامة اليمين على اليهود بعد أن بدا بالانصار ومن حجة مالك أن الحقوق عنده انما تثبت بشيئين اما بيمين وشاهد واما بنكول وشاهد واما بنكول ويمين أصل ذلك عنده اشتراط الاثنينية في الشهادة وليس يقضى عند الشافعي بشاهد ونكول وعمدة من قضى بالنكول أن الشهادة لما كانت لاثبات الدعوى واليمين لابطالها وجب ان نكل عن اليمين ان تحق عليه الدعوى قالوا وأما نقلها من المدعى عليه الى المدعى فهو خلاف للنص لان اليمين قد نص على انها دلالة المدعى عليه فهذه أصول الحجج التي يقضى بها القاضي ومما اتفقوا عليه في هذا الباب أنه يقضى القاضي بوصول كتاب قاض آخر اليه لكن هذا عند الجمهور مع اقتران الشهادة

به أعني اذا أشهد القاضي الذي يثبت عنده الحكم شاهدين عدلين ان الحكم ثابت عنده أعني المكتوب في الكتاب الذي أرسله الى القاضي الثاني فشهدا عند القاضي الثاني انه كتابه وانه أشهدهم بثبوته وقد قيل انه يكتفى فيه بخط القاضي وانه كان به العمل الاول واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة ان اشهدهم على الكتابة ولم يقرأه عليهم فقال مالك يجوز وقال الشافعي وأبو حنيفة لا يجوز ولا تصح الشهادة واختلفوا في العفاص والوكاء هل يقضى به في اللقطة دون شهادة أم لابد في ذلك من شهادة فقال مالك يقضى بذلك وقال الشافعي لابد من الشاهدين وكذلك قال أبوحنيفة وقول مالك هو أجرى على نص الاحاديث وقول الغير أجرى على الأصول. ومما اختلفوا فيه من هذا الباب قضاء القاضي بعلمه وذلك ان العلماء اجمعوا على ان القاضي يقضى بعلمه في التعديل والتجريح وانه الى شهد الشهود بضد علمه لم يقض به وأنه يقضى بعلمه في اقرار الخصم وانكاره الا مالكا فانه رأى أن يحضر القاضي شاهدين لاقرار الخصم وانكاره وكذلك أجمعوا على أنه يقضى بعلمه في تغليب حجة أحد الخصمين على حجة الآخر اذا لم يكن في ذلك خلاف. واختلفوا اذا كان في المسئلة خلاف فقال قوم لا يرد حكمه اذا لم يخرق الاجماع وقال قوم اذا كان شاذا وقال قوم يرد اذا كان حكما بقياس وهنالك سماع من كتاب أو سنة تخالف القياس وهو الاعدل الا أن يكون القياس تشهد له الأصول والكتاب محتمل والسنة غير متواترة وهذا هو الوجه الذي ينبغي أن يحمل عليه من غلب القياس من الفقهاء في موضع من المواضع على الأثر مثل ما ينسب الى أبي حنيفة باتفاق والى مالك باختلاف واختلفوا هل يقضى بعلمه على حد دون بينة او اقرار اولا لا يقضى الا بالدليل والاقرار فقال مالك وأكثر أصحابه لا يقضى الا بالبينات أو الاقرار وبه قال أحمد وشريح وقال الشافعي والكوفي وابو ثور وجماعة للقاضي أن يقضي بعلمه ولكلا الطائفتين سلف من الصحابة والتابعين وكل واحد منهما اعتمد في قوله السماع والنظر أما عمدة الطائفة التي منعت من ذلك فنها حديث معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث أباجهم على صدقة فلاحاه رجل في فريضة فوقع بينهما شجاج فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فاخبروه فاعطاهم الارش ثم قال عليه الصلاة والسلام اني خاطب الناس ومخبرهم انكم قد رضيتم أرضيتم قالوا نعم فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم المنبر فخطب الناس وذكر القصة وقال ارضيتم قالوا لافهم بهم المهاجرون فنزل رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعطاهم ثم صعد المنبر فخطب ثم قال ارضيتم قالوا نعم قال فهذا بين في انه لم يحكم عليهم بعلمه صلى الله عليه وسلم وأما من جهة المعنى فللتهمة اللاحقة في ذلك للقاضي وقد اجمعوا ان للتهمة تاثيرا في الشرع أنه لا يرث القاتل

عمدا عند الجمهور من قتله و منها ردهم شهادة الاب لابنه وغير ذلك مما هو معلوم من جمهور الفقهاء و أما عمدة من أجاز ذلك أما من طريق السماع فحديث عائشة في قصة هند بنت عتبة بن ربيعة مع زوجها أبي سفيان بن حرب حين قال لها عليه الصلاة والسلام وقد شكت أبا سفيان. خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف دون أن يسمع قول خصمها وأما من طريق المعنى فانه اذا كان له ان يحكم بقول الشاهد الذي هو مظنون في حقه فاحرى ان يحكم بما هو عنده يقين وخصص أبو حنيفة وأصحابه ما يحكم فيه الحاكم بعلمه فقالوا لا يقضي بعلمه في الحدود ويقضي في غير ذلك وخصص أيضا أبو حنيفة العلم الذي يقضي به فقال يقضي بعلمه الذي علمه في القضاء ولا يقضي بما علمه قبل القضاء وروى عن عمر انه قضى بعلمه على أبي سفيان لرجل من بني مخزوم وقال بعض أصحاب مالك يقضي بعلمه في المجلس اعني بما يسمع وان لم يشهد عنده بذلك وهو قول الجمهور كما قلنا وقول المغيرة هو اجرى على الاصول لان الاصل في هذه الشريعة لا يقضى بدليل وان كانت غلبة الظن الواقعة به أقوى من الظن الواقع بصدق الشاهدين .

﴿ الفصل الرابع في الاقرار ﴾

وأما الاقرار اذا كان بينا فلا خلاف في وجوب الحكم به وانما النظر فيمن يجوز اقراره ممن لا يجوز واذا كان الاقرار محتملا وقع الخلاف اما من يجوز اقراره ممن لا يجوز فقد تقدم واما عدد الاقرارات الموجبة فقد تقدم في باب الحدود ولا خلاف بينهم ان الاقرار مرة واحدة عامل في المال .وأما المسائل التي اختلفوا فيها من ذلك فهي من قبل احتمال اللفظ وأنت ان احببت ان تقف عليه فمن كتاب الفروع .

✿(الباب الرابع)✿

وأما على من يقضى ولمن يقضى فان الفقهاء اتفقوا على أنه يقضى لمن ليس يتهم عليه واختلفوا في قضائه لمن يتهم عليه فقال مالك لا يجوز قضاؤه على من لا تجوز عليه شهادته وقال قوم يجوز لان القضاء يكون باسباب معلومة وليس كذلك الشهادة وأما على من يقضى فانهم اتفقوا على انه يقضى على المسلم الحاضر . واختلفوا في الغائب وفي القضاء على أهل الكتاب فاما القضاء على الغائب فان مالكا والشافعي قالا يقضى على الغائب البعيد الغيبة وقال أبو حنيفة لا يقضى على الغائب أصلا وبه قال ابن الماجشون وقد قيل عن مالك لا يقضى في الرباع المستحقة فعمدة من رأى القضاء حديث هند

المتقدم ولاحجة فيه لانه لم يكن غائبا عن المصر وعمدة من لم ير القضاء قوله عليه الصلاة والسلام فانما أقضى له بحسب ما أسمع وما رواه أبو داود وغيره عن على أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له حين أرسله الى اليمن لاتقض لاحد الخصمين حتى تسمع من الآخر وأما الحكم على الذمى فان فى ذلك ثلاثة أقوال أحدها أنه يقضى بينهم اذا ترافعوا اليه بحكم المسلمين وهو مذهب أبى حنيفة والثانى انه مخير وبه قال مالك وعن الشافعى القولان والثالث انه واجب على الامام أن يحكم بينهم وان لم يتحاكموا اليه فعمدة من اشترط مجيئهم للحاكم قوله تعالى «فان جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم» وبهذا تمسك من رأى الخيار ومن أوجبه اعتمد قوله تعالى «وأن احكم بينهم» ورأى ان هذا ناسخ لآية التخيير وأما من رأى وجوب الحكم عليهم وان لم يترافعوا فانه احتج باجماعهم على ان الذمى اذا سرق قطعت يده

﴿ الباب الخامس ﴾

واما كيف يقضى القاضى فانهم اجمعوا على انه واجب عليه ان يسوى بين الخصمين فى المجلس والا يسمع من احدهما دون الآخر وان يبدأ بالمدعى فيسأله البينة ان انكر المدعى عليه وان لم يكن له بينة فان كان فى مال وجبت اليمين على المدعى عليه باتفاق وان كانت فى طلاق أو نكاح أو قتل وجبت عند الشافعى بمجرد الدعوى وقال مالك لاتجب الا مع شاهد واذا كان فى المال فهل يحلفه المدعى عليه بنفس الدعوى ام لا يحلفه حتى يثبت المدعى الخلطة اختلفوا فى ذلك فقال جمهور فقهاء الامصار اليمين تلزم المدعى عليه بنفس الدعوى لعموم قوله عليه الصلاة والسلام من حديث ابن عباس البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه وقال مالك لاتجب اليمين الا بالمخالطة وقال بها السبعة من فقهاء المدينة وعمدة من قال بها النظر الى المصلحة لكيلا يتطرق الناس بالدعاوى الى تعنيت بعضهم بعضا ومن هنا لم ير مالك احلاف المرأة زوجها اذا ادعت عليه الطلاق الا أن يكون معها شاهد وكذلك أحلاف العبد سيده فى دعوى العتق عليه والدعوى لاتخلو أن تكون فى شىء فى الذمة فادعى المدعى عليه البراءة من تلك الدعوى وان له بينة سمعت منه بينته باتفاق وكذلك ان كان اختلاف فى عقد وقع فى عين مثل بيع أو غير ذلك وأما ان كانت الدعوى فى عين وهو الذى يسمى استحقاقا فانهم اختلفوا هل تسمع بينة المدعى عليه فقال أبو حنيفة لاتسمع الا فى النكاح ومالا يتكرر وقال غيره لاتسمع فى شىء وقال مالك والشافعى تسمع أعنى فى أن يشهد للمدعى بينة المدعى عليه انه مال له وملك فعمدة من قال لاتسمع ان الشرع قد جعل البينة فى حيز المدعى واليمين فى حيز المدعى عليه فوجب

أن لا ينقلب الامر وكان ذلك عندها عبادة ٭ وسبب الخلاف هل تفيد بينة المدعى عليه معنى زائدا على كون الشيء المدعى فيه موجودا بيده أم ليست تفيد ذلك فمن قال لا تفيد معنى زائداً قال لا معنى لها ومن قال تفيد اعتبرها فاذا قلنا باعتبار بينة المدعى عليه فوقع التعارض بين البينتين ولم تثبت احداهما أمرا زائدا مما لا يمكن أن يكرر في ملك ذى الملك فالحكم عند مالك أن يقضى باعدل البينتين ولا يعتبر الا كثر وقال أبو حنيفة بينة المدعى أولى على أصله ولا تترجح عنه بالعدالة كما لا تترجح عند مالك بالعدد وقال الاوزاعى تترجح بالعدد واذا تساوت في العدالة فذلك عند مالك كلا بينة يحلف المدعى عليه فان نكل حلف المدعى ووجب الحق لان يد المدعى عليه شاهدة له ولذلك جعل دليله اضعف الدليلين اعنى اليمين واما اذا اقر الخصم فان كان المدعى فيه عينا فلا خلاف انه يدفع الى مدعيه واما اذا كان مالا في الذمة فانه يكلف المقر غرمه فان ادعى العدم حبسه القاضى عند مالك حتى يتبين عدمه اما بطول السجن أو بالبينة ان كان متهما فاذا لاح عسره خلى سبيله لقوله تعالى (وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة) وقال قوم يؤاجره وبه قال احمد وروى عن عمر بن عبد العزيز وحكى عن أبى حنيفة ان لغرمائه ان يدوروا معه حيث دار ولا خلاف أن البينة اذا جرحها المدعى عليه ان الحكم يسقط اذا كان التجريح قبل الحكم وان كان بعد الحكم لم ينتقض عند مالك وقال الشافعى ينتقض واما ان رجعت البينة عن الشهادة فلا يخلو ان يكون ذلك قبل الحكم أو بعده فان كان قبل الحكم فالاكثر ان الحكم لا يثبت وقال بعض الناس يثبت وان كان بعد الحكم فقال مالك يثبت الحكم وقال غيره لا يثبت الحكم وعند مالك ان الشهداء يضمنون ما اتلفوا بشهادتهم فان كان مالا ضمنوه على كل حال قال عبد الملك لا يضمنون في الغلط وقال الشافعى لا يضمنون المال وان كان دما فان ادعوا الغلط ضمنوا الدية وان اقروا قيد منهم على قول اشهب ولم يقتص منهم على قول ابن القاسم.

(الباب السادس)

واما متى يقضى فمنها ما يرجع الى حال القاضى في نفسه ومنها ما يرجع الى وقت انفاذ الحكم وفصله ومنها ما يرجع الى وقت توقيف المدعى فيه وازالة اليد عنه اذا كان عينا فاما متى يقضى القاضى فاذا لم يكن مشغول النفس لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقضى القاضى حين يقضى وهو غضبان ومثل هذا عند مالك ان يكون عطشانا أو جائعا أو خائفا أو غير ذلك من العوارض التى تعوقه عن الفهم لكن اذا قضى في حال من هذه الاحوال بالصواب فاتفقوا فيما أعلم على انه ينفذ حكمه ويحتمل ان يقال لا ينفذ فيما وقع عليه النص وهو الغضبان لان النهى يدل على فساد المنهى عنه واما

متى ينفذ الحكم عليه فبعد ضرب الاجل والاعذار اليه ومعنى نفوذ هذا هوان يحق حجة المدعين أو يدحضها وهل له ان يسمع حجة بعد الحكم فيه اختلاف من قول مالك والاشهر انه يسمع فيما كان حقالله مثل الاحباس والعتق ولا يسمع في غير ذلك وقيل لا يسمع بعد نفوذ الحكم وهو الذى يسمى التعجيز قيل لا يسمع منهما جميعا وقيل بالفرق بين المدعى والمدعى عليه وهو اذا أقر بالعجز وأما وقت التوقيف فهو عند الثبوت وقيل الاعذار واذا لم يرد الذى استحق الشيء من يده ان يخاصم فله ان يرجع ثمنه على البائع وان كان يحتاج في رجوعه به على البائع أن يوقفه عليه فيثبت شراءه منه ان انكره أو يعترف له به ان أقر فللمستحق من يده أن يأخذ الشيء من المستحق ويترك قيمته بيد المستحق وقال الشافعي يشتريه منه فان عطب فى يد المستحق فهو ضامن له وان عطب فى اثناء الحكم ممن ضمانه اختلف فى ذلك فقيل ان عطب بعد الثبات فضمانه من المستحق وقيل انما يضمن المستحق بعد الحكم واما بعد الثبات وقيل الحكم فهو من المستحق منه (قال القاضى) رضى الله عنه وينبغى أن تعلم ان الاحكام الشرعية تنقسم قسمين قسم يقضى به الحكام وجل ماذكرناه فى هذا الكتاب هو داخل في هذا القسم وقسم لا يقضى به الحكام وهذا أكثره هو داخل في المندوب اليه وهذا الجنس من الاحكام هو مثل رد السلام وتشميت العاطس وغير ذلك مما يذكره الفقهاء في أواخر كتبهم التى يعرفونها بالجوامع ونحن فقد رأينا ان نذكر أيضا من هذا الجنس المشهور منه ان شاء الله تعالى وينبغى قبل هذا ان تعلم ان السنن المشروعة العملية المقصود منها هو الفضائل النفسانية فمنها مايرجع الى تعظيم من يجب تعظيمه وشكر من يجب شكره وفي هذا الجنس تدخل العبادات وهذه هى السنن الكرامية ومنها مايرجع الى الفضيلة التى تسمى عفة وهذه صنفان السنن الواردة في المطعم والمشرب والسنن الواردة في المناكح ومنها مايرجع الى طلب العدل والكف عن الجور فهذه هى اجناس السنن التى تقتضى العدل في الاموال والتى تقتضى العدل فى الابدان وفى هذا الجنس يدخل القصاص والحروب والعقوبات لان هذه كلها انما يطلب بها العدل ومنها السنن الواردة في الاعراض ومنها السنن الواردة فى جميع الاموال وتقويمها وهى التى يقصد بها طلب الفضيلة التى تسمى السخاء وتجنب الرذيلة التى تسمى البخل والزكاة تدخل في هذا الباب من وجه وتدخل أيضا في باب الاشتراك في الاموال وكذلك الامر في الصدقات ومنها سنن واردة في الاجتماع الذى هو شرط في حياة الانسان وحفظ فضائله العملية والعلمية وهى المعبر عنها بالرياسة ولذلك لزم أيضا أن تكون سنن الائمة والقوام بالدين ومن السنة المهمة في حين الاجتماع السنن الواردة في المحبة والبغضة والتعاون على اقامة هذه السنن وهو الذى يسمى النهى عن المنكر والامر بالمعروف وهى المحبة

والبغضة اى الدينية التى تكون أما من قبل الاخلال بهذه السنن واما من قبل
سوء المعتقد فى الشريعة واكثر ما يذكر الفقهاء في الجوامع من كتبهم ماشذ
عن الاجناس الاربعة التى هى فضيلة العفة وفضيلة العدل وفضيلة
الشجاعة وفضيلة السخاء والعبادة التى هى كالشروط في
تثبيت هذه الفضائل كمل الاكتاب قضية وبكماله
كمل جميع الديوان والحمد لله كثيرا
على ذلك كما هو أهله

تم الكتاب والحمد لله رب العالمين

قد تم بعون الله تعالى طبع هذا المؤلف الجليل الذى تغنى شهرة مؤلفه عن نعمته وكان جديرا أن يكون فى مقدمة الكتب المقرر تدريسها فى المعاهد الدينية لمنفعته العظمى مع سهولة المأخذ وسلاسة العبارة هذا والله ارجو ان يعين من وقف على طبعه طبع غيره من نفائس الكتب

فهرست

الجزء الثاني

(من كتاب)

(بداية المجتهد ونهاية المقتصد)

(للامام ابن رشد)

صحيفة

صحيفة

---

١ هذا المطلب هو الفصل الثانى فى عدة ملك اليمين الذي جعله المؤلف أحد فصلي الباب الاول من الجملة الرابعة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة

(تمت الفهرست)



ورد لنا الجوب الآتى من صاحب الامضاء يقرظ فيه ابن رشد وكتابه فنشرناه هنا للمطالع ليقف على مكانة المؤلف وتأليفه : وهذا نصه

سيدى

سلاما واحتراما وبعد فان كتاب ابن رشد الذى بعثتموه من مرقده وأنبتموه نباتا حسنا قد وقع منا مواقع الماء من ذى الغلة الصادى وأكبرنا روح ذلك الفيلسوف العظيم

فقياما ببعض ما يجب نحو أبطال الرجال أرسلنا اليكم هذه الكلمة لتدرج مع الكتاب ولا زلت سباق غايات منقبا عما ينفع أمتك ووطنك حائزا شكر الجميع

﴿ وهاهي الكلمة ﴾

الى الحكيم الراقد فى جدثه الهانىء بمضجعه تحفه مسحة من النور الالهى وعليه حارس من المهابة وسياج من الاجلال

أهدى غاديات من الدعوات واستمطر له وابلا من صيب الرحمات لله أنت أيتها الروح الخالدة العائدة الى محلها الارفع فقد هبطت علينا من عالمك العالى وطلعت علينا طلوع القمر على خابط ليل ضل السبيل وخانه الدليل طلعت والهدى فكنت كالغيث أصاب أرضا قابلة فانبتت الكلاء والعشب وأصاب منها الكثير

أقمت فينا ماشاء الله أن تقوى وخلفت لك آثاراً جعلت لك مقعد صدق في كل نفس ثم عدت سيرتك الاولى

بسم الله مجراك ومرساك وطلوعك ومأواك وتأويبك ومسراك أى جوحواك وأى آمال وسعتك وأى جسم تحمل ما ترومين

وإذا كانت النفوس كبارا * تعبت فى مرادها الاجسام

بينا نراك بين يدى فيثاغورس وأرسطو قدحنت عليك الحكمة وأرضعتك أفاويقها وأعلتك درها وأنهلتك خبرها فلا يظن انك تعلمين غيرها اذا انت وقد وضعتك الشريعة بين الحشا والفؤاد وسهلت لك حزونها ووردت منهلا عذبا زاخرا عبابه وسائغا شرابه وهذا كتابك قد خالط أجزاء النفس وهش اليه الحس فهو الحق الا أنه حكم قد ضمن الدر الا انه كلم

أنزه في رياض العلم نفسي ✡ وأغدو في مسارحها وأمسي
أمتع ناظري فيما حوته ✡ وأقطف زهره من كل غرس
وأحسن من كؤس الراح عندي ✡ ومن خد الظباء خدود طرس
وقد ردت الرياض فشمت روضا ✡ به قد غيبت عن نفسي وحسي
كأن خلال أسطره بحارا ✡ تدفق بالمعارف بعد رمسي
كتاب حاكه فكر (ابن رشد) ✡ وأخرج آية في كل درس
ومزق من ظلام الشك ثوبا ✡ كما طرد الدجنة ضوء شمس

محمد أحمد عرفه

